Dienste als Einlagen und Nebenleistungen

Ein Beitrag zum Gesellschafts- und Genossenschaftsrecht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Breslau

vorgelegt von

Rudolf Thomik

Referendar

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig

1932

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Schmidt-Rimpler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Inhalt.

Seite

§ 1. Umschreibung der Aufgabe 1

1. Teil.

Dienste als Einlagen.

1. Abschnitt.

Die Einlagefähigkeit von Diensten.

§ 2. Geschichtlicher Rückblick 3

1. Kapitel.

Bestimmung der Begriffe Dienste und Einlage.

§ 3. 1. Dienste 11
§ 4. 2. Die Einlage.
a) Die Theorien über das Verhältnis von Einlage und Beitrag.
b) Ihre Beurteilung.
c) Das Wesen der Einlage 11

2. Kapitel.

Dienste als Einlagen bei den einzelnen Verbandsformen.

A. Dienste als Einlagen bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft.

§ 5. Die Struktur der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts 26
§ 6. Die Vorschriften über den Gegenstand und die Leistung der Beiträge 27
§ 7. Die Einlagefähigkeit von Diensten.
1. Die Auffassung des Gesetzes über Kapital- und Diensteinlagen.
2. Die Notwendigkeit einer Schätzung der Dienste in Geld zwecks Ermittlung ihres Wertes für das Gesellschaftsvermögen.
3. Die Zuführung von Vermögenswerten an das Gesellschaftsvermögen durch die Leistung von Diensten 28

B. Dienste als Einlagen bei den Handelsgesellschaften und der eingetragenen Genossenschaft.

I. Dienste als Einlagen bei der Offenen Handelsgesellschaft.

§ 8. Die Struktur der Offenen Handelsgesellschaft 33
§ 9. Gegenstand und Leistung der Einlagen. Die Zulässigkeit von Diensteinlagen 34
§ 10. Die Vergrößerung des Gesellschaftsvermögens durch die Leistung von Diensteinlagen 35

Seite

II. Dienste als Einlagen bei der Kommanditgesellschaft.

§ 11. Die Struktur der Kommanditgesellschaft 36
§ 12. Die Einlagen der Gesellschaftsmitglieder. Die Zulässigkeit von Diensteinlagen
1. der persönlich haftenden Gesellschafter,
2. der Kommanditisten. Einlagebetrag und Haftsumme 37
§ 13. Die Zuführung von Vermögenswerten durch Diensteinlagen der persönlich haftenden Gesellschafter und Kommanditisten 43

III. Sind Dienste als Einlagen bei der Aktiengesellschaft zulässig?

§ 14. Die kapitalistische Struktur der Aktiengesellschaft 44
§ 15. Die Vorschriften über die Aufbringung des Grundkapitals und den Gegenstand der Einlagen 46
§ 16. Die Unzulässigkeit von Diensteinlagen auf das Grundkapital . . . 47

IV. Dienste als Einlagen bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien.

§ 17. Die Struktur der Kommanditgesellschaft auf Aktien 56
§ 18. Die Vorschriften über die Einlagen der Gesellschaftsmitglieder . 57
§ 19. Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter, die nicht auf das Grundkapital erfolgen, können in Diensten bestehen. Als Sacheinlagen der Kommanditisten auf das Grundkapital sind Dienste nicht zulässig 59

V. Sind Dienste als Einlagen bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung zulässig?

§ 20. Die Struktur der Gesellschaft mit beschränkter Haftung 62
§ 21. Die Vorschriften über die Aufbringung des Stammkapitals und den Gegenstand der Einlagen 65
§ 22. Die Unzulässigkeit von Diensten als Stammeinlage 66

VI. Können Dienste bei der Genossenschaft Einlage sein?

§ 23. Die Struktur der Genossenschaft 70
§ 24. Die Vorschriften über Gegenstand und Leistung der Einlagen . . 71
§ 25. Die Unzulässigkeit von Diensteinlagen 72

C. Dienste als Einlage bei der Stillen Gesellschaft.

§ 26. Das Wesen der Stillen Gesellschaft 73
§ 27. Die Einlage des Stillen. Sie kann auch in Dienstleistungen bestehen 75
§ 28. Der Übergang einer Diensteinlage des Stillen in das Vermögen des Geschäftsinhabers 82
§ 29. Unterschiede zwischen einem mit der Leistung von Diensten beteiligten Stillen und einem commis intéressé 84

2. Abschnitt.

Die Rechtsnormen, nach denen sich der Vollzug einer in Diensten bestehenden Beitragsleistung bestimmt.

§ 30. Die entsprechende Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Dienstvertrag 85

Seite

2. Teil.

Dienste als Nebenleistungen.

1. Abschnitt.

Die Fähigkeit von Diensten, Gegenstand von Nebenleistungspflichten zu sein.

§ 31. Der Begriff der gesellschaftlichen Nebenleistung 92
§ 32. Dienste als Nebenleistung bei der Aktiengesellschaft 93
§ 33. Dienste als Nebenleistung bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien 96
§ 34. Dienste als Nebenleistung bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung 96
§ 35. Dienste als Nebenleistung bei der Genossenschaft 97

2. Abschnitt.

Die Rechtsnormen, die für den Vollzug einer in Diensten bestehenden Nebenleistung gelten.

§ 36. Die entsprechende Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Verträge im allgemeinen und über den Dienstvertrag im besonderen 101
§ 37. Schlußwort 104

Literatur.

Bauer, Die stille Gesellschaft. 1894.

Behrend, J., Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 1886.

Berliner, Buchhaltungs- und Bilanzenlehre. 1911.

Birkenbihl, Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. 4. 1892. Berlin 1893.

Bondi, Felix, in DJZ. 1906 Sp. 1250 ff.

v. Borch, H., Das Recht der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs in seinem Verhältnis zum Gesellschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Rostock 1901.

Böttger, Walter, Die qualifizierte Gründung der Aktiengesellschaft nach dem Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897. Diss. Leipzig 1909.

Brand, A., Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. 1911.

Brodmann, Erich, Aktienrecht. 1928.

— Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 1924.

Buchholz, Heinrich, Die Nebenleistungspflichten bei der G. m. b. H. In Jherings Jahrb. Bd. 74 (1924) S. 260 ff.

Bürgerliche Gesetzbuch, Das, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten am Reichsgericht. Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, II. 6. Aufl. 1928. (zit.: RGRKomm.)

Clad, Clovis, im Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt 1926 S. 480 ff.

Cosack, Konrad, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 7. Aufl. 1922.

— Lehrbuch des Handelsrechts. 1910.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1912.

— Die partiarischen Rechtsgeschäfte. 1897.

Crüger-Crecelius, Das Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. 9. Aufl. 1924.

Curtius, Julius, Die Rechtsstellung der Komplementare und Kommanditisten gegenüber der Kommanditgesellschaft und deren Gläubigern. Diss. Berlin 1900.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes. Guttentagsche Ausgabe, 1896.

Dernburg, Heinrich, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 2. Bd. 2. Abteilung: Die Schuldverhältnisse, Einzelne Obligationen. 3. Aufl. 1906.

Deumer, Das Recht der eingetragenen Genossenschaften. 1912.

Dießner, G., Das Recht der stillen Gesellschaft. Leipzig 1906.

Domm, Richard, Welchen Grundsätzen unterstehen die in Gesellschaftsverträgen von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung vereinbarten Sacheinlagen im Falle 1. Verzugs, 2. anfänglicher oder nachfolgender Unmöglichkeit der Leistung, 3. rechtlicher oder tatsächlicher Mangelhaftigkeit der Leistung? Diss. Gießen 1911.
Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 1908.
Eberlein, M., Die stille Gesellschaft. Greifswald 1898.
Ebert, Die Nebenleistungsaktiengesellschaft. 1904.
Ehlers, Alfred, Die Einlagen bei der offenen Handelsgesellschaft. Diss. Leipzig 1908.
Ehrenberg, Kurt, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, eine Abart der Aktiengesellschaft. Diss. Heidelberg 1921.
Ehrenberg, Viktor, Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht. 1880.
Ellinger, Die stille Gesellschaft. 1910.
Elsoffer, F., Das Verhältnis der stillen Gesellschaft zur Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Jena 1905.
Eltzbacher, Offene Handelsgesellschaft und Aktiengesellschaft als Teilnehmerinnen einer offenen Handelsgesellschaft. In ZHR. Bd. 45 S. 40 ff.
Endemann, F., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 9. Aufl. 1903.
Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 18. bis 22. Aufl. 1923; 13. Bearbeitung von Nipperdey, 1931, Bd. I.
Eschelbacher, Max, Das Recht auf die Gesellschaftseinlagen. Diss. Rostock.
Feine, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. In Ehrenbergs Handbuch Bd. III, 3. Abt., 1929.
Fischer, Hans Albrecht, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1903.
— Subjekt und Vermögen. In der Festschrift für Rosenthal 1923.
Fischer, Rudolf, Das Aktienrecht. 1916.
— Über die Grundlagen der Bilanzwerte. In der Festschrift der Juristischen Gesellschaft 1909 S. 100 ff.
Foertsch, Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 1899.
Frankenburger, H., Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1902.
Freese, C., Die Kommanditgesellschaft und stille Gesellschaft. Greifswald 1877.
Frost, Hugo, Die Einlage bei der offenen Handelsgesellschaft. Diss. Greifswald 1899.
Fuld, Bargründung oder Sachgründung? In der Zeitschrift für Aktienwesen 1923 S. 121 ff.
Furrer, Reinhold, Die Haftung des Kommanditisten im Vergleich mit der Haftung des Komplementärs. 1902.
v. Gierke, Otto, Grundzüge des Handelsrechts. In der Enzyklopädie der Rechtswissenschaften von F. v. Holtzendorff und J. Kohler 1904.
— Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht. Im ArchBürgR. Bd. 19 (1901) S. 114 ff.
— Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft. 1868.
— Deutsches Privatrecht. 1895—1917.
— Genossenschaftstheorie. 1887.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. 2. Aufl. 1903—1914.
Goldmann, S., Das Handelsgesetzbuch. 1905.
Goldschmidt, Levin, Universalgeschichte des Handelsrechts. 1. Bd. 3. Aufl. 1891.
Greil, Ludwig, Die Tätigkeit des Kommanditisten für seine Gesellschaft. Diss. Erlangen 1910.
Hachenburg-Bing-Schmidt, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 5. Aufl. 1927.
v. Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 3. Aufl. 1877.
Hallstein, Walter, Die Aktienrechte der Gegenwart. 1931.
Hammer, Wilh. Martin, Die Haftung des Kommanditisten nach dem neuen Handelsrecht. Diss. Leipzig 1902.
Hase, Hans, Das Recht der stillen Gesellschaft nach dem Handelsgesetzbuche vom 10. Mai 1897. Diss. Heidelberg 1910.
Hergenhahn-Liebmann, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 1921.
Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen.
v. Hövel, P., Worin unterscheidet sich die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs von der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs? Leipzig 1903.
Jacobi, Die Haftung des Kommanditisten und die Eintragung der Haftung ins Handelsregister. In Jherings Jahrb. Bd. 70 S. 300 ff.
Jacobi, Georg Julius, Die Rechtsnatur des Illationsvertrages bei der Aktiengesellschaft. Diss. Erlangen 1898.
Jacoby, Siegfried, Die Rechtsnatur des Illationsvertrages bei der Aktiengesellschaft. Diss. Erlangen 1896.
Joseph, Martin Paul, Die Einlage des Gesellschafters bei der offenen Handelsgesellschaft. Diss. Greifswald 1920.
Kalisch, Ludwig, Die sogenannte qualifizierte Gründung einer Aktiengesellschaft. Diss. Greifswald 1919.
Kaskel, Walter, Arbeitsrecht. 2. Aufl. 1925.
Kaufmann im SächsArch. 1912 S. 411.
Keyßner, Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien. 1911.
Kiefer, Gehaltsverfügungen zum Nachteile der Gläubiger. Würzburger Abhandlungen 1913.
Kisch, Zur Vereinstheorie: Vereinsmitgliedschaft mit eingekapseltem Sonderrechtsverhältnis. Im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie XXII. Bd. 1928 Heft 1 S. 43 ff.
Knappe, Otto, Der Wertansatz nach §§ 38, 40 HGB. In Holdheims Monatsschrift 1910 S. 257 ff.
Knoke, Paul, Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1901.
Kommissionsberichte des Reichstags zum Entwurf eines Gesetzes betr. Änderungen der Zivilprozeßordnung.
v. Kräwel, Zur Lehre von der Kommanditgesellschaft. In Buchs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts Bd. 5 S. 595 ff.
Krüger, Karl, Die Pflichten der Mitglieder einer Gesellschaft m. b. H. Diss. Greifswald 1919.

Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften. II: Das Gesellschaftsvermögen. In ZHR. Bd. 31 S. 1 ff.
Lang, Die Nebenleistungsaktiengesellschaft. Diss. 1903.
Lankau, Paul, Die Pflicht des Gesellschafters einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zur Leistung der Stammeinlage. Diss. Leipzig 1908.
Lastig, Das Recht der stillen Gesellschaften und der Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung von Renaud. In ZHR. Bd. 32 (1886) S. 230 ff.
— Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften. In der Festgabe der Juristenfakultät Halle für Dernburg 1900.
— in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts 1881—1885.
Lehmann, Karl, Lehrbuch des Handelsrechts. 3. Aufl. 1921.
— Das Recht der Aktiengesellschaften. 1898 und 1904.
— Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. 1928.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1914.
Leist, Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht. 1904.
Leitner, Friedrich, Grundriß der Buchhaltung und Bilanzkunde. 2. Bd.: Bilanztechnik und Bilanzkritik. 1911.
Liebmann-Saenger, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 7. Aufl. 1927.
Löwy, A., Die stille Gesellschaft in ihrem Verhältnis zu der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Göttingen 1900.
Lübbert, Die stille Gesellschaft. Diss. Breslau 1906.
— Die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft unter besonderer Berücksichtigung ihrer historischen Entwicklung. In ZHR. Bd. 58 (1906) S. 464 ff.
Mahnkopf, Arthur, Die Rechtsverhältnisse zwischen der offenen Handelsgesellschaft und dem einzelnen Gesellschafter nach dem geltenden und dem neuen Handelsgesetzbuch. Diss. Erlangen 1898.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. 1906.
Marcus bei Holdheim Bd. 20 S. 257 Nr. IV.
Merzbacher, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 1921.
Meyer, Rudolf, Die Bestandteile des Gesellschaftsvermögens nach bürgerlichem Recht. Diss. Erlangen 1911.
Moser, Ulrich, Das Prinzip der Gleichbehandlung der Gesellschafter in der offenen Handelsgesellschaft und in der Aktiengesellschaft. Diss. Göttingen 1925.
Mosse-Heymann, Handelsgesetzbuch. 17. Aufl. 1926.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Guttentagsche Ausgabe, 1888.
Müller-Erzbach, Rudolf, Deutsches Handelsrecht. 2. Aufl. 1927.
— in DJZ. 1904 S. 1161.
Neukamp-Becker, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 1923.
Noppel, Adolf, Der Sacheinlagevertrag bei der Gründung von Aktiengesellschaften. Diss. Heidelberg 1912.
Oelfke, Eberhard, Die Unterschiede der offenen Handelsgesellschaft von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Diss. Göttingen 1903.

Oertmann, Paul, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. 1929.
Ogrowsky, Otto, Die stille Gesellschaft und das partiarische Darlehen. Diss. Breslau 1907.
Parisius-Crüger-Crecelius, Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 6. Aufl. 1922.
Passow, Richard, Die Aktiengesellschaft. 1922.
— Die Bilanzen der privaten und öffentlichen Unternehmungen. 1921.
Pfennig, R., Kommandit- und stille Gesellschaft. Rostock 1902.
Philipp, Richard, Das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge. Diss. Erlangen 1903.
Philippovich, Grundriß der politischen Ökonomie. Bd. I. 18. Aufl. 1923.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Bd., 2. Hälfte. 4. Aufl. 1925.
Potthoff, Verlagsmäßige Heimwerker. Im „Arbeitsrecht" 1921 Sp. 151, 1922 Sp. 37.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs von J. Lutz, 1858.
Puchelt, E. S., Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. von R. Foertsch. 1893.
Rehm, Hermann, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften usw. 1914.
Rehme, Paul, Geschichte des Handelsrechts. In Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts Bd. I, 1913.
— Das rechtliche Wesen der großen Ravensburger Handelsgesellschaft. In Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt. Bd. 47 S. 487 ff.
Renaud, Achilles, Das Recht der stillen Gesellschaften. 1885.
— Das Recht der Aktiengesellschaften. 1863.
— Das Recht der Kommanditgesellschaften. 1881.
Rettig, W., Die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs im Verhältnis zu der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Rostock 1902.
Rieß, Alfons, Die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenchaft. In Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts 3. Bd. 2. Abt. 1922.
— in LZ. 1916 Sp. 587 ff.
— bei Gruchot Bd. 61 S. 91 ff.
Riezler, E., Arbeitskraft und Arbeitsfreiheit in ihrer privatrechtlichen Bedeutung. Im ArchBürgR. Bd. 27 (1906) S. 219 ff.
Ring-Schachian, Die Praxis der Aktiengesellschaft. 1929.
Rosenthal-Gentzsch, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 3. Aufl. 1921.
Rudorff, Das Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen. 1898.
Saenger, August, Die stille Gesellschaft. 1924.
Schmidt-Rimpler, Walter, Geschichte des Kommissionsgeschäfts in Deutschland. Bd. I. 1915.
Schmulowicz, Das Recht der Aktiengesellschaften.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1904.
Schönfeld, Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts. In Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum fünfzigjährigen Bestehen des Reichsgerichts, 1929 Bd. II.

Schreiber, O., Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. 1925.
Schuncke, Ernst, Die Verpflichtungen der Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zur Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals. Diss. Leipzig 1916.
Schwalb in ZHR. Bd. 34 S. 392 ff.
Seiler, Hans, Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter des Handelsrechts. Diss. Göttingen 1923.
Senftner, Die offene Handelsgesellschaft und stille Gesellschaft.
Seydlitz, Miecislaus, Die Kommanditeinlage, insbesondere die des Erben eines persönlich haftenden Gesellschafters. Diss. Breslau 1912.
Siemsen, H., Die Einlage des stillen Gesellschafters. Diss. Göttingen 1906.
Silberberg in JW. 1913 S. 381.
Silberschmidt, Kumpanie und Sendeve. In ZHR. Bd. 23 S. 1ff.
— Die Commenda in ihrer frühesten Entwicklung bis zum 13. Jahrhundert. 1884.
— Beteiligung und Teilhaberschaft. 1915.
— Das gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnis. In ZHR. Bd. 79 (1916) S. 465 ff.
Simon, H. V., Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien. 2. Aufl. 1898.
Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts. 17. Aufl. 1924.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. und 13. Aufl. 1926.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl. 1929.
Steffens, Albert, Das Recht der stillen Gesellschaft nach geltendem deutschen Reichsrecht. Diss. Jena 1908.
Tuchmann, Die Mitglieder und Organe der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 1896.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1910.
Waldecker, Ludwig, Die eingetragene Genossenschaft. 1916.
— Das vermögensrechtliche Fundament der eingetragenen Genossenschaften. In ZHR. Bd. 77 (1915) S. 355 ff.
Wangerin, Karl, Die Pflichten der Mitglieder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 1908.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1930.
Warneyer-Koppe, Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 1924.
Weber, Max, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter. 1889.
Weiser, O., Die stille Gesellschaft. 1905.
Wendel, Pet. Jos., Die Rechtsstellung der Komplementare und Kommanditisten gegenüber der Kommanditgesellschaft und deren Gläubigern während des Bestehens und im Konkurs der Gesellschaft. Diss. Erlangen 1898.
Wieland, Karl, Handelsrecht, I. 1921.
Wimpfheimer, Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation. 1908.
Wöhler, Die Beteiligung des Kommanditisten am Gewinn und Verlust des Unternehmens. Diss. Göttingen 1920.
Wolf in JW. 1912 S. 517.
Wolff, Eugen N., Die Nebenleistungsaktiengesellschaft. In der Festgabe für Wilke, Berlin 1900.

Abkürzungen.

ArchBürgR. = Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler-Ring-Oertmann.
Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von J. Gruchot.
Holdheim = Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, herausgegeben von Holdheim.
JheringsJahrb. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
JW. = Juristische Wochenschrift.
KGJ. = Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
LZ. = Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
OLG. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann (auch: Oberlandesgericht).
Recht = Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (auch: Reichsgericht).
RGSt. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Zusammengestellt im Reichsjustizamte.
ROHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
SächsArch. = Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
SeuffA. = J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Warn. = Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.
ZHR. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Goldschmidt.

§ 1.

Umschreibung der Aufgabe.

In der nachstehenden Arbeit soll untersucht werden, ob Einlagen und Nebenleistungen in Diensten bestehen können.

Es wird also zunächst darzustellen sein, in welchem Umfange die Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Verwendung von Diensten, d. h. Arbeitsleistungen irgendwelcher Art, als Einlagen gestatten, d. h. als Leistungen, die auf Grund eines Gesellschaftsverhältnisses zu erbringen sind und seinen Inhalt im wesentlichen bilden. Soweit die Zulässigkeit bejaht wird, ist ferner zu prüfen, ob auch Dienste als Einlagen geeignet sind.

Das Gesetz hat nur für die bürgerlichrechtliche Gesellschaft (§ 705 BGB.) in § 706 Abs. 3 BGB. ausgesprochen, der Beitrag eines Gesellschafters könne in der Leistung von Diensten bestehen. Diese Vorschrift ist gemäß § 105 Abs. 2 HGB. mangels entgegenstehender Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs auch auf die Offene Handelsgesellschaft anwendbar. Sie gilt ferner unbestritten für die Komplementare der Kommanditgesellschaft, die den Offenen Handelsgesellschaftern rechtlich gleichgestellt sind (vgl. § 161 HGB.). Streitig ist dagegen, ob der Kommanditist und der Stille Gesellschafter auf ihre Einlage Dienste leisten können. Ordnet man die Kommanditgesellschaft und die Stille Gesellschaft dem Gesellschaftsbegriff des § 705 BGB. unter, so wird man geneigt sein, § 706 Abs. 3 BGB. entsprechend anzuwenden und die Frage zu bejahen. Sie wird indessen, da das Gesetz die Einlagen beider Gesellschafter ausdrücklich als „Vermögenseinlagen" bezeichnet, im Schrifttum vielfach verneint. Bei anderen Verbandsformen, wie bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, sind „nicht durch Barzahlung, nicht in Geld zu leistende Einlagen" (Sacheinlagen) zugelassen (vgl. § 186 Abs. 2 HGB., § 5 Abs. 4 GmbHG.). Ob Dienstleistungen hierunter fallen, ist nirgends ausdrücklich bestimmt und daher streitig. Für die eingetragene Genossenschaft endlich erwähnt das Gesetz Dienstbeiträge und Sacheinlagen überhaupt nicht.

Sodann wird zu erörtern sein, ob Dienste zum Gegenstand einer Nebenleistungspflicht, d. h. einer neben der Kapitaleinlage zu erfüllenden Verpflichtung, gemacht werden können.

Auch hierüber finden sich im Gesetze keine ausdrücklichen Vorschriften. Für die Aktiengesellschaft bestimmt § 212 HGB. lediglich, den Aktionären könne neben den Kapitaleinlagen die Verpflichtung zu „wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen" auferlegt werden. Für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung spricht § 3 Abs. 2 GmbHG, noch allgemeiner von „anderen Verpflichtungen" außer der Leistung von Kapitaleinlagen. Im Genossenschaftsgesetz sind die sog. Nebenleistungen überhaupt nicht geregelt. Ob die Nebenpflicht sich auf die Leistung von Diensten richten kann, ist insbesondere für die Aktiengesellschaft streitig. Soweit die Frage zu bejahen ist, soll gleichzeitig hervorgehoben werden, inwieweit Dienste in den Fällen, wo sie als Einlagen (im engeren Sinne) ausgeschlossen sind, als Gegenstand von Nebenleistungspflichten wirtschaftlich einer Einlage gleichkommen.

Die hier zu erörternden Probleme sind bisher nur in Sonderdarstellungen des Rechts der einzelnen Verbandsformen behandelt worden. Dagegen fehlte eine zusammenfassende Übersicht, die hier gegeben werden soll unter besonderer Berücksichtigung der im Schrifttum und in der Rechtsprechung in jüngster Zeit vertretenen Ansichten. Zugleich wird versucht werden, die Gedankengänge, die für die eine Gesellschaftsform zu praktisch brauchbaren Ergebnissen führten, auf andere Unternehmungsformen von rechtlich und wirtschaftlich ähnlicher Struktur zu übertragen und zur Lösung der Fragen zu verwerten.

---

1. Teil.

Dienste als Einlagen.

1. Abschnitt.

Die Einlagefähigkeit von Diensten.

§ 2.

Geschichtlicher Rückblick.

Dienste als Gesellschaftsbeiträge in Rechtsinstituten des Altertums, des Mittelalters und der Neuzeit (vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs).

Ein kurzer geschichtlicher Rückblick zeigt, daß das Problem sehr weit zurückreicht.

Schon im römischen Recht war es streitig, ob ein Gesellschafter seiner Einlageverpflichtung durch die Leistung von Diensten nachkommen könne. Vorwiegend praktische Gründe, Rücksichten auf die Bedürfnisse des Wirtschaftslebens, vor allem der Gedanke, daß der (vielleicht ausschließlich) Dienste leistende Gesellschafter durch die Aussicht auf Gewinnbeteiligung enger mit dem Unternehmen verknüpft würde, ließen die Frage bejahen[1]).

Ihre Bedeutung für die Rechtswirklichkeit scheint im übrigen gering gewesen zu sein. Entsprechend den sozialen Verhältnissen, unter denen die Arbeit auf dem Sklavenmarkte zu erkaufen war, bezeichneten die Römer eine Verbindung von Kapital und Arbeit nur dann als societas, wenn Dienste höherer Art, operae liberales, geleistet wurden. Sie allein konnten durch Beteiligung am Gewinn, also nach gesellschaftlichen Grundsätzen, vergütet werden, während Dienste niederer Art,

[1]) L. 1 C. 4, 37 pro socio: Societatem uno pecuniam conferente alio operam contrahi posse magis obtinuit. Vgl. hierzu für das spätrömische Recht § 3 I. de socio 3, 25: Nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro mercede valet.

operae illiberales, Gegenstand des Dienstmietevertrages, der locatio conductio operarum, waren und nach einem festen, im voraus bestimmten Satze entlohnt zu werden pflegten[2]). Daß die auf Dienstleistungen höherer Art gegründete societas zahlenmäßig gegenüber dem weit häufigeren Dienstmietevertrag zurücktrat, braucht nicht hervorgehoben zu werden.

Im Mittelalter prägte sich in dem Rechtsinstitut der Commenda eine Verbindung von Kapital und Arbeit auf gesellschaftlicher Grundlage aus, die im Handels- und Wirtschaftsleben jener Zeit eine überragende Bedeutung erlangte.

Die Commenda ist ein Vertrag, bei dem ein (meist in der Heimat verbleibender) Kapitalist (commendator) einem reisenden Unternehmer (commendatar, tractator) Waren, Geld, oft auch ein Schiff, übergibt, damit der letztere, der nicht selten zugleich Frachtführer (Schiffer) ist, entweder im eigenen Namen oder in dem des Auftraggebers, sicher aber auf dessen Rechnung und Gefahr, in der Fremde damit Handelsgeschäfte abschließe und durch einen bestimmten Teil des Gewinns, weitaus in der Regel ein Viertel, nicht aber durch festen Lohn, entschädigt werde[3]). Der Vertrag entspricht demnach, abgesehen von der Entlohnung des Unternehmers, dem heutigen Kommissionsgeschäft. Während bei jenem feste Lohnsätze und Provisionen gezahlt werden, besteht bei der Commenda die Vergütung in einer Beteiligung am Gewinn.

Die Wurzeln der Commenda reichen bis in das römische Vulgarrecht zurück[4]). Ein der Commenda ähnliches, aber durch die besonderen Verhältnisse der Libertinen verschiedenes Rechtsgeschäft ergab sich, wenn der Herr einem Freigelassenen das Kapital zum Betrieb eines Geschäfts vorstreckte oder vielleicht im eigenen Interesse übergab und sich dafür einen Anteil, gewöhnlich die Hälfte, am Ertrag ausbedang.

Die Commenda läßt sich im Mittelalter schon im 10. Jahrhundert nachweisen[5]). In dem lebhaften Handelsverkehr der italienischen Küstenstädte gewinnt sie rasch an Bedeutung und erreicht zur Blüte-

---

[2]) Sohm S. 431.

[3]) Silberschmidt, Die Commenda S. 91.

[4]) Silberschmidt a. a. O. S. 139; Goldschmidt, Universalgeschichte Bd. 1 S. 254; zweifelnd Max Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften S. 16.

[5]) Silberschmidt, Commenda S. 139, auf den sich die folgenden Ausführungen stützen. Für die Entwicklung in Deutschland vgl. vor allem Schmidt-Rimpler, Kommissionsgeschäft, besonders S. 11 ff., 47 ff., 167 ff.

zeit der Stadtrepubliken die höchste Stufe ihrer Entwicklung. Sie begegnet uns auch im mittelalterlichen Deutschland, vermutlich als selbständiges Erzeugnis des deutschen Wirtschaftslebens, und zwar zuerst im Soester Stadtrecht von 1120. Ihre Fortbildung verdankt sie vor allem dem Aufblühen des Seehandels in den norddeutschen Städten, besonders in Lübeck, im 14. und 15. Jahrhundert. Im 16. und 17. Jahrhundert ist sie in allen großen deutschen Handelsstädten anzutreffen. Daneben findet sich, auf ihr fußend, eine andere Geschäftsgemeinschaft, bei der auch der Geschäftsführer Kapital, meist Geld, einlegt (gegenlegt), und die daher von den Hansen „Wedderleginge" genannt wird. Im Laufe der Jahrhunderte hat die Commenda eine überaus differenzierte Gestaltung erfahren; sie darf mit Recht als die Vorläuferin der heutigen Kommanditgesellschaft sowie der Stillen Gesellschaft bezeichnet werden.

Bei der Commenda in ihrer ursprünglichen Form leistet der Unternehmer (tractator) ausschließlich Arbeit, zunächst beim Einkauf der Waren, dann bei ihrem Transport über See. Dazu tritt die spezifisch handelstechnische Leistung des Absatzes der Waren auf fremden Märkten. Der Kapitalist (commendator) hingegen liefert das Kapital zur Anschaffung der Waren und der Transportmittel. In späterer Zeit findet sich auch eine Kapitalbeteiligung des Tractators, die aber gewöhnlich geringer ist als die des Commendators. Wir unterscheiden demgemäß

a) die Commenda (im eigentlichen Sinn) mit einseitiger Kapitalbeteiligung (commendacio): der eine Kontrahent leistet Kapital, der andere Arbeit (sendeve, commenda),

b) die Commenda mit zweiseitiger Kapitalbeteiligung: beide Kontrahenten leisten Kapital, aber nur einer Arbeit (wedderleginge, collegantia, societas).

Der das ganze Kapital oder den größeren Teil desselben einlegende Commendator (socius stans) bleibt in der Regel der Geschäftsherr des Unternehmens. Er gibt dem Tractator bindende Anweisungen, empfängt seine genau geordnete Rechnungslegung, er ist durch strenges Recht am Sozietätsgut, an der Habe und Person des Tractators gesichert. Freilich findet sich die leitende Stellung umgekehrt auch beim Tractator (capitaneus), so z. B. in Pisa.

Die Gefahr trägt, sofern sie nicht der Tractator schuldhaft herbeiführt, bei der Commenda mit einseitiger Kapitalbeteiligung gewöhnlich der Commendator allein, bei beiderseitiger Kapitalbeteiligung auch der Tractator; er haftet überdies für jedes Verschulden.

Trotzdem der Commandator als der wirtschaftlich Stärkere der Geschäftsherr des Unternehmens bleibt, das durch seinen Kapitalbeitrag vielfach erst ermöglicht wird, und das der Tractator nach seinen Weisungen durchzuführen hat, und trotzdem (wenigstens bei der Commenda mit einseitiger Kapitalbeteiligung) er allein die Gefahr trägt, darf die Commenda als Gesellschaft bezeichnet werden.

Wesentlich für die Gesellschaft ist die Verbindung zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes. Diese Zweckgemeinsamkeit liegt aber bei der Commenda vor: beide Vertragsgegner wollen, daß durch ihr Zusammenwirken ein gewinnbringender Handelsbetrieb erzielt wird[7]). Der Gesellschaftscharakter wird nicht etwa dadurch ausgeschlossen, daß durch die Leistungen der Kontrahenten ein gemeinsames Vermögen nicht geschaffen wird, sondern der erzielte Gewinn zunächst dem Kapitalgeber zukommt und in sein Eigentum gelangt, und er zur Abgabe eines Gewinnanteils obligatorisch verpflichtet ist. Eine Gesellschaft ist auch dann gegeben, wenn die beiderseitigen Leistungen lediglich in das Vermögen eines der Gesellschafter übergehen bzw. in ihm verbleiben[8]). Damit entfällt aber nicht die Möglichkeit, ein partiarisches Geschäft von einem Gesellschaftsvertrag zu sondern. Denn bei der Gesellschaft sind beide Teile einander verpflichtet, zur Erreichung des gemeinschaftlichen Zweckes zusammenzuwirken; bei dem partiarischen Rechtsgeschäft dagegen hat der partiarisch Entlohnte die durch den Vertrag bestimmte Tätigkeit auszuüben, der andere hat ihm lediglich den Lohn zu zahlen, ist aber nicht rechtsgeschäftlich verpflichtet, an dem Erfolge mitzuwirken[9]).

Schon bei der Commenda mit einseitiger Kapitalbeteiligung, die an sich als partiarisches Geschäft erscheint, lassen die anteilsweise Verteilung der Kosten der Fahrt sowie des Vertriebes der Waren und die Beteiligung des Tractators am Gewinn den Gesellschaftsgedanken erkennen; er prägt sich ganz deutlich bei der Commenda mit beiderseitiger Kapitalbeteiligung aus. Hier leisten sowohl der Commendator wie der Commendatar (freilich ziffernmäßig verschiedene) Kapitalbeiträge, neben seinem regelmäßig geringeren Geldbeitrag hat der Tractator Arbeit zu leisten. Beide aber teilen sich in die Unkosten des Geschäfts und in den Gewinn nach dem Maße ihrer Beteiligung, beide haben Schäden pro rata zu tragen. Gewöhnlich warf der Commendator $^2/_3$ des Kapitals ein, der Tractator $^1/_3$ und die Arbeit. Der Ertrag dagegen wurde zur Hälfte geteilt, so daß also die Arbeit auf $^1/_3$ des

[7]) Vgl. die ausführlichen Darlegungen bei Schmidt-Rimpler, Kommissionsgeschäft S. 7, 8.

[8]) Vgl. hierzu auch Hoeniger, Gem. Vertr. Bd. I S. 267 ff.

[9]) Schmidt-Rimpler a. a. O. S. 9.

Kapitals geschätzt und in dieser Höhe einer Einlage gleich gewertet wurde. Zwar sind auch andere Arten der Beteiligung festzustellen, so z. B. legen beide Teilhaber gleiche Summen ein, während der Tractator bald die Hälfte, bald $^2/_3$, bald nur $^1/_4$ des Gewinns erhält[10]). Oder der Commendator steuerte $^3/_4$ oder gar $^5/_6$ des Kapitals bei, der Gewinn aber wurde zur Hälfte geteilt, wie auch ausnahmsweise der Tractator $^2/_3$ des Kapitals einbrachte und dafür $^3/_4$ des Gewinns erhielt. Der wechselnde Beteiligungsmaßstab ändert aber nichts an dem Grundgedanken einer Verteilung des Risikos und des Gewinns nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen, und mit dieser Verteilung wird gleichzeitig die Einlagefähigkeit von Diensten anerkannt.

Die Commenda in ihrer ursprünglichen Form vereinigte jeweils zwei Personen. Soweit mehrere Einleger getrennt einem Tractator gegenüberstanden, bildete jeder von ihnen mit diesem eine besondere Gesellschaft: so viele Kommenden wie Einleger[11]). Als Commenda sind aber auch jene Verbindungen aufzufassen, wo ein Einleger oder eine rechtlich zusammengeschlossene Mehrheit von Einlegern einer Offenen Handelsgesellschaft der damaligen Periode[12]) beitrat. Die Commenda entsprach in diesem Falle unserer modernen Kommanditgesellschaft: Komplementar war die Offene Gesellschaft, während die Einleger eine kommanditistenähnliche Stellung einnahmen[13]). Voraussetzung war freilich, daß die Einleger oder die Einlegergesamtheit nach außen nicht hervortrat, nicht als Mitunternehmer erschien.

Die mittelalterlichen Rechtsquellen, die besonders für Norddeutschland in den Stadtbüchern, den Handelsbüchern und den Geschäftsbriefen sehr zahlreich ermittelt worden sind, bezeichnen daher zutreffend die Commenda als „rechte Gesellschaft", „rechte kumpanie", „vera (recta, justa) societas" oder als Gesellschaft, Kumpanie schlechthin, so vor allem eine Quelle des Magdeburger Stadtrechtskreises um 1400. Auch in einer Bestimmung des sog. revidierten lübischen Rechts von 1586

---

[10]) Vgl. den bei Schmidt-Rimpler a. a. O. S. 225 abgedruckten Frankfurter Faktorenvertrag von 1502 (aus Kriegk, Deutsches Bürgertum im Mittelalter, 1871, S. 446 N. 12). Danach erhält Friedrich Heyde als Faktor von Hans Bromme & Sohn, obwohl er „keyn gelt inne diesen handel erlacht hat, yedoch domit derselbe seyn arbeit, flis und sorgfeltigen ernst dester fursichtiger und getruwelicher anzukenn verpflicht sy, fur sin arbeit und belonunge den vierden teyl von dem, was von und us den 8000 gulden hauptguts zu gewinne fursteet und obert uber alle unkosten". Hier spricht sich deutlich die partiarische Entlohnung aus, die sich historisch aus dem Gesellschaftsgedanken ableitet (vgl. auch Schmidt-Rimpler a. a. O. S. 215).

[11]) Rehme, Ravensb. Ges. S. 535.

[12]) Vgl. die Quellenangaben bei Rehme a. a. O. S. 525 ff.

[13]) Rehme a. a. O. S. 535, 536.

wird das Sendeveverhältnis mit Gewinnbeteiligung des Unternehmers Gesellschaft genannt, ohne daß damit eine Rechtsanschauung zum Ausdruck gelangt, die von der mittelalterlichen Auffassung abweicht. Schon aus der Tatsache, daß die Commenda mit beiderseitiger Kapitalbeteiligung als „rechte Gesellschaft", „vera (recta, justa) societas" bezeichnet wird, wird man mit Rehme[14]) schließen dürfen, daß das Sendeveverhältnis gleichfalls als Gesellschaft betrachtet wird, wenn auch, im Gegensatz zur „rechten" Gesellschaft, als uneigentliche oder unregelmäßige Gesellschaft[15]).

Eine grundlegende Frage bedarf allerdings noch der Klärung: sind wir überhaupt berechtigt, die modernen Rechtsbegriffe an das geschichtliche Material heranzutragen, insbesondere die Unterscheidung in Geschaften und partiarische Geschäfte? Rehme[16]) ist der Ansicht, daß lediglich der Standpunkt des damaligen Rechts entscheide; wenn dieses ein bestimmtes historisch nachweisbares Geschäft als Gesellschaft aufgefaßt habe, so sei es auch von uns heute so zu werten, selbst wenn es nach modernem Recht als partiarisches Geschäft zu charakterisieren wäre. Dieser Auffassung tritt mit überzeugender Begründung Schmidt-Rimpler[17]) entgegen. Er bemerkt, daß Rehme implicite sage, man dürfe Einrichtungen des älteren Rechts nicht unter modernrechtliche Begriffe bringen[18]) und hebt zunächst hervor, daß derjenige, der von einem bestimmten Geschäft behaupte, es sei nicht Gesellschaft, sondern partiarisches Geschäft, nichts darüber aussage, ob man in der früheren Zeit den Unterschied dieses Geschäfts von der Gesellschaft erkannt und es mit einem anderen Namen als sie bezeichnet habe. Der Einwand, partiarische Geschäfte seien nach damaligem Rechte Gesellschaft gewesen, es komme nicht darauf an, ob sie im Sinne des modernen Rechts als partiarische Geschäfte und nicht als Gesellschaft zu betrachten seien, setze ja voraus, daß der sachliche Unterschied möglicherweise bestanden habe. Rehme könne also nur der Meinung sein, die Feststellung der sachlichen Unterschiede sei unerheblich. Aber diese Meinung könne nicht damit begründet werden, daß auf jeden Fall vom Standpunkte des früheren Rechtes aus jene Geschäfte Gesellschaft gewesen seien; denn da alsdann jenes Recht Gesellschaften in unserem heutigen Sinne ebenso wie partiarische Geschäfte als Gesellschaften bezeichnet haben müsse, so sei die sachliche Frage, ob die untersuchten Geschäfte partiarischer Natur seien, auch dann nicht gelöst, wenn wir

---

[14]) Geschichte des Handelsrechts, in Ehrenbergs Handb. Bd. 1 S. 163.
[15]) Vgl. die eingehende Darstellung bei Rehme, Ravensb. Ges. S. 525 ff.
[16]) Geschichte des Handelsrechts S. 103 ff.
[17]) Kommissionsgeschäft S. 11 ff.
[18]) a. a. O. S. 11 Anm. 10.

wüßten, daß sie im damaligen Recht als Gesellschaft aufgefaßt worden seien. Diese Frage müsse zunächst beantwortet werden. Die weitere Frage aber laute, was es bedeute, daß vom Standpunkte einer geschichtlichen Rechtsordnung aus partiarische Geschäfte Gesellschaften waren. Das solle nicht nur heißen, daß sie diesen Namen trügen, es habe einen weitergehenden Sinn, der einen allgemeinen Gesellschaftsbegriff voraussetze, gewonnen aus dem Inhalt des geschichtlich gegebenen Rechts[19]). Aber selbst wenn man annehme, daß man einen bestimmten Begriff aufgestellt habe, unter den die partiarischen und vielleicht auch andere Geschäfte fielen, so sei noch immer nicht die Behauptung berechtigt, daß die darunter fallenden Geschäfte auch wirklich Gesellschaften waren, daß also der gefundene Begriff der Gesellschaftsbegriff des früheren Rechtes gewesen sei.

Es bleibe danach nur die Möglichkeit, daß bestimmte Geschäfte dem allgemeinen Gesellschaftsbegriff untergeordnet, und daß die partiarischen Geschäfte von ihnen nicht unterschieden worden seien. So seien auch die eigentlichen Gesellschaften und die partiarischen Geschäfte, obwohl zwischen ihnen auch nach damaligem Rechte in wesentlichen Punkten Unterschiede bestanden hätten, entweder ohne daß man jene Verschiedenheiten bemerkt hätte, oder zwar im Bewußtsein der Unterschiede, aber trotzdem aus der Empfindung einer gewissen Verwandtschaft beider Kategorien weitgehend gleich geregelt und behandelt worden. Insofern möge das frühere Recht unter einem als Gesellschaft bezeichneten Oberbegriff beide Arten zusammengefaßt haben, und allein in diesem Sinne seien dann partiarische Geschäfte Gesellschaften vom Standpunkte jenes früheren Rechts gewesen. Dann bedeute dieser Satz aber nichts anderes, als daß die partiarischen Geschäfte in vielen Beziehungen die gleiche Regelung wie die Gesellschaft gefunden hätten.

Diesen Gedankengängen, für deren Richtigkeit ihre folgerichtige Durchführung spricht, ist durchaus beizutreten, und auch Rehme scheint sie für zutreffend zu halten, wenn er[20]) seine oben wiedergegebene Meinung dahin erläutert, er habe sagen wollen, es sei mit Rücksicht auf die wechselnde Entwicklung der Rechtsbegriffe möglich, daß ein Gebilde nach dem Rechte seiner Zeit eine Gesellschaft gewesen sei, während ihm nach heutigem Recht dieser Charakter abgesprochen werden müsse, etwa in der Weise, daß das ältere Recht einen weiteren Gesellschaftsbegriff gekannt habe als das heutige mehr differenzierte, das gewisse Bildungen von seinem Gesellschaftsbegriff ausschließe und ihnen einen Platz neben diesem zuweise.

---

[19]) Kommissionsgeschäft S. 7 Anm. 3.
[20]) Ravensb. Ges. S. 496.

Wir dürfen daher mit Recht sagen, daß die Commenda (sendeve) wie auch die societas (wedderleginge) begrifflich Handelsgesellschaften sind, wenngleich beide, zunächst ausschließlich und später mindestens überwiegend, als Gelegenheitsgesellschaften auftreten, die freilich oft zwischen den gleichen Personen erneuert werden. Bei beiden ist die Bewertung von Diensten als einer auf Grund eines Gesellschaftsvertrages zu erbringenden Leistung, die Gleichstellung von Arbeits- und Kapitaleinlagen, erstmalig zu einem festen Rechtsgrundsatz erhoben worden [22]).

Der Grund dieser Rechtsbildung ist in wirtschaftlichen Erwägungen zu suchen. Wenn ein reisender Unternehmer auf fremde Rechnung und Gefahr in fremden Ländern gegen eine im voraus bestimmte Vergütung Handelsgeschäfte betreiben sollte, so war leicht zu befürchten, daß er das Interesse seines Auftraggebers vernachlässigte, da er jeglicher Kontrolle entzogen war. Man suchte daher ein Vertragsverhältnis zu begründen, bei dem der Vertreter mehr mit dem Unternehmen verbunden war, und bei dem er andererseits eine Vertrauensstellung mit einer gewissen Selbständigkeit einnahm. Aus diesem Bedürfnis heraus entstand die Commenda. Daß wirtschaftliche Rücksichten für die Bildung neuer Rechtssätze entscheidend waren, sei hier besonders betont; an späterer Stelle wird darauf zurückzukommen sein.

Am Schlusse dieser geschichtlichen Übersicht sei noch erwähnt, daß man kurze Zeit nach der erstmaligen Regelung des Aktienrechts in Deutschland durch die preußischen Gesetze von 1838 und 1843 versuchte, Dienstleistungen auch als Einlagen auf das Grundkapital einer Aktiengesellschaft zu verwerten. Bei der für den Bau und Betrieb der Kinzigtal—Konstanzer Eisenbahn zu gründenden Aktiengesellschaft, über die die Denkschrift von J. Vanotti und H. Huber [23]) unterrichtet, sollten die Aktienbeträge entweder durch Zahlung von barem Geld, durch Abtretung von in die Bahnlinie fallenden Grundstücken an die Gesellschaft, durch Überlassung von Holz, durch Herstellung und Lieferung des für die Bahneinrichtungen erforderlichen Eisens, durch Fuhr- und Handarbeiten oder durch sonstige persönliche Leistungen zur Förderung des Eisenbahnbaus auf Grund einer vorherigen Schätzung berichtigt werden. Freilich dürfte eine Aktien-

---

[22]) Wie sehr die Bedeutung des Commendatars, d. h. seiner Arbeit, gestiegen war, geht daraus hervor, daß man die im überseeischen Handelsverkehr für die Commenda mit beiderseitiger Kapitalbeteiligung entwickelten Grundsätze übernahm, als das Institut im lokalen Handel Eingang fand, und zwar selbst dann, wenn der Commendatar kein Geld in das Unternehmen einbrachte (Silberschmidt, Commenda S. 140).

[23]) Zit. bei Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften S. 673.

gesellschaft, die auf dieser Grundlage errichtet werden sollte, kaum die staatliche Konzession erhalten haben. Trotzdem bleibt der Versuch interessant, für Arbeitsleistungen Mitgliedschaftsrechte bei einer Gesellschaft in Aussicht zu stellen, die den Typus der reinen Kapitalgesellschaft verkörpert.

1. Kapitel.

Bestimmung der Begriffe Dienste und Einlage.

§ 3.

1. Dienste.

Eine eingehende Darstellung der an das Thema geknüpften Probleme erfordert, daß zunächst die Begriffe Dienste und Einlage bestimmt werden.

Unter Diensten ist eine Arbeitstätigkeit irgendwelcher Art zu verstehen. Die noch im gemeinen Recht herrschende Meinung, die unter Dienste im Sinne des Dienstvertrages nur Dienste niederer Art (operae illiberales) rechnete, Tätigkeiten, die eine bestimmte Vorbildung nicht voraussetzten, im Gegensatz zu den Diensten höherer Art (operae liberales), z. B. eines Anwalts, Arztes, die Gegenstand des Auftragsvertrages waren, hat im Bürgerlichen Gesetzbuch insofern keinen Ausdruck gefunden, als auch die entgeltliche Übernahme höherer Dienste nach den Regeln über den Dienstvertrag beurteilt wird; lediglich soweit der Vertrag auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet ist, mag diese übrigens höherer oder niederer Art sein, sind viele der für den Auftrag geltenden Vorschriften für anwendbar erklärt. Die Unterscheidung zwischen höheren und niederen Diensten ist auch für die hier anzustellenden Untersuchungen ohne Belang. Im Laufe der Darstellung wird sich ergeben, daß der Dienstbegriff möglichst weit auszudehnen ist und keineswegs auf die leitenden Tätigkeiten z. B. eines Kaufmanns oder eines Technikers beschränkt werden darf. In der Rechtswirklichkeit freilich überwiegen Dienste höherer Art als Einlagen.

§ 4.

2. Die Einlage.

a) Die Theorien über das Verhältnis von Einlage und Beitrag.
b) Ihre Beurteilung.
c) Das Wesen der Einlage.

Die Bestimmung des Begriffes Einlage bereitet einige Schwierigkeiten.

Das Bürgerliche Gesetzbuch verwendet zur Bezeichnung der zweckfördernden Leistungen der Gesellschafter die beiden Ausdrücke Beitrag und Einlage, ohne sie gegeneinander abzugrenzen[1]). Im Handelsgesetzbuch ist, abgesehen von den Beiträgen bei der Reederei und Haverei[2]), die aber nicht Beiträge zu einer Handelsgesellschaft im Sinne des zweiten Buches des Handelsgesetzbuchs darstellen und daher für die Betrachtung ausscheiden, nur von Einlagen die Rede, ohne daß eine Definition des Begriffes gegeben würde[3]). Es haben sich daher im Schrifttum wie in der Rechtsprechung verschiedene Meinungen gebildet, die beide Ausdrucksformen festzulegen suchen, und die teilweise stark voneinander abweichen. Streitig ist vor allem, ob Beitrag und Einlage nur verschiedene Bezeichnungen für einen einzigen Begriff sind, oder ob das Gesetz zwei verschiedene Begriffe aufstellt. Soweit eine sachliche Verschiedenheit bejaht wird, besteht wieder über die Art der Unterschiede Streit.

Bei einer Bestimmung des Begriffes Einlage ist daher zweckmäßig von einer Darstellung des Verhältnisses zwischen Einlage und Beitrag auszugehen. Die einzelnen Ansichten sind inhaltlich zu umschreiben und auf Grund der gesetzlichen Vorschriften auf ihre Richtigkeit zu prüfen.

Eine von Laband[4]) begründete und vielfach vertretene Ansicht faßt die Einlage als eine Spezies aus dem Genusbegriff Beitrag auf. Jede Einlage sei ein Beitrag, aber nicht jeder Beitrag eine Einlage. Einlage seien vielmehr nur Vermögenswerte. Nach Laband bedeutet Einlage das Dotieren des Gesellschaftsfonds mit Vermögenswerten seitens eines Gesellschafters. Die Einbringung bestehe darin, daß Vermögensobjekte aus dem Privatvermögen des Gesellschafters ausgeschieden und dem Gesellschaftsfonds zugewiesen würden. Die Vermögensobjekte müßten also im Vermögen des Gesellschafters bereits vorhanden sein, da sie sonst nicht übertragbar wären. Daher könnten z. B. Arbeitsleistungen eines Gesellschafters niemals als Einlagen angesehen werden. Sie bildeten vielmehr einen Gegensatz zu den Einlagen. Die Unterscheidung von Kapital- und Arbeitseinlagen[5]) sei nicht gerechtfertigt. Es gebe nur Kapitaleinlagen. Eschelbacher[6]) faßt diese Ansicht in knapper Formulierung zusammen:

---

[1]) Vgl. die §§ 705, 706, 707, 718, 733, 735, 739 BGB.
[2]) Vgl. die §§ 500, 719 HGB.
[3]) Vgl. die §§ 111, 121, 162, 172, 178, 186, 211—213, 279, 335, 341 HGB.
[4]) Vgl. ZHR. Bd. 31 S. 1 ff., besonders S. 24.
[5]) So Lastig in Endemanns Handb. I S. 350 ff.
[6]) S. 9.

„Beiträge sind die Leistungen, die die Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsvertrages für die Zwecke der Gesellschaft einander zu leisten haben.

Einlagen sind die Beiträge, die unmittelbar einen Vermögenswert darstellen. Es gilt somit der Satz:

Einlagen sind die Vermögenswerte, die die Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsvertrages für die Zwecke der Gesellschaft einander zu leisten haben."

Staub[7]), der gleichfalls die Einlage als eine Art des Beitrags auffaßt, hat die Labandsche Ansicht fortgeführt. Er nimmt an, daß Einlage nur verkehrsfähige Gegenstände sein können, nur Objekte, die Gegenstand eines Veräußerungsgeschäftes sein und als Aktivposten in der Bilanz erscheinen können. Nicht zu diesen Gegenständen gehörten beispielsweise die Arbeitskraft und die Arbeitspflicht.

Riezler[8]) will, Staub folgend, als Einlage nur Gegenstände gelten lassen, die einen Verkehrswert haben und die unmittelbar Gegenstand von Veräußerungsgeschäften sein können. Hierzu seien Arbeitsleistung und Arbeitspflicht nicht zu rechnen, da die Arbeitskraft immanenter Bestandteil der Persönlichkeit selbst sei. In der Rechtsordnung könne aber die lebende Persönlichkeit weder als Ganzes noch in ihren einzelnen organischen Funktionen unmittelbar Gegenstand von Rechtsgeschäften sein.

Die Laband-Staub-Riezlersche Ansicht hat zahlreiche Anhänger gefunden. So sieht es Staudinger[9]) als wesentlich an, daß die Einlagen ein Aktivum im Gesellschaftsvermögen bilden. Nach Oertmann[10]) ist Einlage ein Beitrag, der in Kapital besteht. Ebenso bezeichnet Wieland[11]) als Einlagen die von den Gesellschaftern geleisteten Vermögensbeiträge. In dem gleichen Sinne äußern sich O. v. Gierke[12]), Dernburg[13]), Crome[14]), Cosack[15]), Endemann[16]), Behrend[17]), Düringer-Hachenburg[18]), Cur-

---

[7]) 6./7. Aufl. 1900 Bd. I Exkurs zu § 122 Anm. 3 S. 383; vgl. dagegen 9. Aufl. 1912 Bd. I Anm. III zu § 111 S. 489.
[8]) ArchBürgR. Bd. 27 S. 234 ff.
[9]) Bd. II Anm. II 5 zu § 733 S. 1343.
[10]) 2. Buch 2. Abt. Anm. 2 b zu § 705 S. 1132.
[11]) § 45 I S. 538.
[12]) Privatrecht I § 80 S. 535.
[13]) BürgR. Bd. II 2 S. 657.
[14]) Syst. d. Dtsch. BürgR. Bd. 2 S. 776.
[15]) S. 547.
[16]) Bd. I § 181 S. 1133.
[17]) § 68 Ic S. 480.
[18]) Bd. 4 S. 88 Allg. Einl. Anm. 92.

tius[19]), Frost[20]), Meyer[21]), Knoke[22]) und Steffens[23]), der noch zwischen Einlage und Vermögenseinlage unterscheidet, aber den Unterschied für praktisch bedeutungslos hält.

Eine andere Meinung, der die Rechtsprechung beigetreten ist[24]), unterscheidet Beitrag und Einlage nicht nach dem Gegenstande, sondern nach dem Verhältnis der Leistung zum Gesellschaftsvermögen. Sie versteht unter Beiträgen die noch zu bewirkenden, unter Einlagen die bereits bewirkten Leistungen der Gesellschafter[25]). In diesem Sinne würden die beiden Ausdrücke stets vom Gesetz gebraucht, wie sich aus einem Vergleich der §§ 705, 706, 718, 735 Satz 2 BGB. mit den §§ 733 Abs. 2 Satz 3, 734, 735 Satz 1, 739 BGB. ergebe, dafür spreche vor allem § 707 BGB., wo dem vereinbarten Beitrag die durch Verlust verminderte Einlage gegenübergestellt wird. Staudinger[26]), Goldmann-Lilienthal[27]) und Greil[28]) machen die gleiche Unterscheidung, während Makower[29]) darauf hinweist, daß sie nur für das Gebiet des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten könne, das Handelsgesetzbuch gebrauche Einlage unterschiedslos in beiden Bedeutungen, sowohl im Sinne des gemäß Einlageversprechens Einzubringenden wie auch im Sinne des Eingebrachten.

An diese Feststellung knüpft eine dritte Ansicht an, die im Gegensatz zu den beiden vorhergehenden Auffassungen behauptet, im Bürgerlichen Gesetzbuch bestehe zwischen Einlage und Beitrag kein Unterschied. Es sei richtig, daß in den §§ 705 ff. BGB. Einlage regelmäßig etwas wirklich Eingebrachtes bedeute, ebenso auch im Handelsgesetzbuch (so z. B. in § 121 HGB.). Im zweiten Buche des Handelsgesetzbuchs aber werde der Ausdruck Beitrag überhaupt nicht erwähnt, und Einlagen hießen auch noch nicht erfolgte Leistungen (so z. B. in § 111 HGB.). In § 172 Abs. 1 bezeichne Einlage sogar den im Handelsregister angegebenen Betrag[30]). Der schwankende Sprachgebrauch beider Gesetze lasse zu sicheren Ergebnissen für eine Unterscheidung der Begriffe Beitrag und Einlage auf Grund des geltenden Rechts nicht

---

[19]) S. 25.
[20]) S. 17.
[21]) S. 32.
[22]) S. 28.
[23]) S. 45 ff.
[24]) Vgl. RG. Bd. 76 S. 278.
[25]) RGRKomm. Bd. II Recht der Schuldverh. II Anm. 6 zu § 705 S. 366.
[26]) Anm. IV 2 zu § 705 S. 1228, Anm. III zu § 706 S. 1233.
[27]) Bd. 1 S. 735.
[28]) S. 49.
[29]) Anm. I zu § 105 S. 282.
[30]) Furrer S. 24.

kommen, sie sei auch rechtlich belanglos. Es handele sich um zwei Begriffe, die sich völlig decken. Diese Meinung teilen Brand[31]), Lehmann-Ring[32]), Philipp[33]), Ehlers[34]), Seydlitz[35]), der keinen gegenständlichen, sondern höchstens einen rein zeitlichen Unterschied feststellen kann, Mahnkopf[36]), der jedoch den Vermögenswert betont, den die Einlage haben müsse, wohl auch Joseph[37]).

Welche der drei vorstehend umschriebenen Ansichten ist nun als richtig anzusehen?

Für die Richtigkeit der Laband-Staub-Riezlerschen Ansicht, die an den Sprachgebrauch vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs anknüpft, ergibt sich nichts aus dem Gesetz.

Die Labandsche Formulierung leidet an einer gewissen Unklarheit im Gebrauch der Begriffe Vermögenswert und Vermögensgegenstand. Laband setzt beide Begriffe einander gleich („Einlage bedeutet das Dotieren des Gesellschaftsfonds mit Vermögenswerten. Die Inferierung besteht demnach darin, daß die Vermögensobjekte aus dem Privatvermögen des Gesellschafters ausgeschieden und dem Gesellschaftsfonds zugewiesen werden"). Beide Begriffe sind jedoch nicht identisch. Es soll versucht werden, sie gegeneinander abzugrenzen. Dieser Versuch setzt eine Klärung des Vermögensbegriffs voraus.

Man unterscheidet Vermögen im rechtlichen und Vermögen im wirtschaftlichen Sinne[38]). Vermögen im Rechtssinne ist die Gesamtheit der einem Rechtssubjekt zustehenden Rechte. Diesem Aktivvermögen läßt sich nach einer für das gemeine Recht allgemein anerkannten, für das geltende Recht umstrittenen Ansicht als Passivvermögen die Gesamtheit der Rechtspflichten einer Person gegenüberstellen[39]). Wesentlich ist also, daß der Begriff nur Rechte (und Pflichten) deckt und alle Sachen von sich ausschließt; die Sache ist Gegenstand von Rechten, die zum Vermögen gehören, aber selbst kein Vermögensbestandteil. Daß die Rechte Geldwert besitzen, wird von der herrschenden Lehre im Gegensatz zum gemeinen Recht nicht gefordert. Das Vermögen im wirtschaftlichen Sinne dagegen umfaßt nicht Rechte, sondern wirtschaftliche

---

[31]) Anm. 8 Ag zu § 105 S. 314.
[32]) Anm. 1 zu § 111 S. 356.
[33]) S. 33.
[34]) S. 52.
[35]) S. 14.
[36]) S. 57.
[37]) S. 15.
[38]) Vgl. H. A. Fischer, Der Schaden S. 8 ff.; RG. Bd. 79 S. 123, Bd. 84 S. 217.
[39]) Vgl. hierzu Enneccerus I 1 § 124 und die dort angegebene Literatur.

Güter[40]), es besteht in der Gesamtheit der in der (tatsächlichen) Verfügungsgewalt eines Rechtssubjekts stehenden wirtschaftlich wertvollen Güter. Das Recht auf ein Gut ist hier nur insoweit von Bedeutung, als es dem Vermögensträger die Verfügungsmöglichkeit sichert. Ist das Gut der Verfügungsgewalt entzogen, so gehört es, mag auch der rechtliche Anspruch darauf unanfechtbar sein, nicht zum (wirtschaftlichen) Vermögen der berechtigten Person. Die Volkswirtschaftslehre rechnet zu den wirtschaftlichen Gütern Sachen (und die ihren Genuß sichernden Rechte) oder Sachgüter, persönliche Güter, wirtschaftlich wertvolle Zustände und Eigenschaften eines Menschen, z. B. seine geistigen Fähigkeiten, endlich Verhältnisse zu Personen und Sachen, tatsächliche Zustände, wie z. B. die Kundschaft.

Die Bedeutung des juristischen Vermögensbegriffs liegt in dem Einheitsmoment. Er ermöglicht es, sämtliche zu einem Rechtssubjekt in Beziehung stehenden Rechte und Pflichten als ein Objekt aufzufassen und gleichsam nach sachenrechtlichen Grundsätzen zu behandeln (vgl. z. B. §§ 1085 ff. BGB.: Nießbrauch an einem Vermögen, § 1363 BGB.: Nießbrauch und Verwaltung des Mannes am eingebrachten Gut). Aber ein lediglich aus Rechten gebildetes Vermögen läßt nicht erkennen, ob und inwieweit dem Vermögensträger die Verfügungsgewalt über die Gegenstände zusteht, auf die sich die einzelnen Rechte erstrecken, es gibt keinen Aufschluß über die tatsächliche Genußfähigkeit, Genußbereitschaft, die allein dem Gute seinen Wert verleiht. Gleichgültig, ob die dem Vermögensträger gehörige Sache sich in seinem unmittelbaren oder mittelbaren Besitz befindet oder ihm gestohlen ist: in allen Fällen ist das Eigentumsrecht Bestandteil des Vermögens im Rechtssinne. Der juristische Vermögensbegriff vernachlässigt also das Moment des Wertvollen in den Vermögensbestandteilen. Gerade darum aber kann er nicht herangezogen werden, wenn man sich mit einer Ansicht auseinanderzusetzen hat, die als Einlagen Vermögens werte bezeichnet, und die das charakteristische Merkmal der Einlage darin findet, daß sie eine den Wert des Gesellschaftsfonds steigernde Leistung darstellt. Hier muß vielmehr der von der Volkswirtschaftslehre herausgearbeitete Vermögensbegriff zugrunde gelegt werden, der auf dem wirtschaftlichen Wert, der Verwertbarkeit der Vermögensteile aufbaut. Eine Abgrenzung der Begriffe Vermögenswert und Vermögensgegenstand setzt also voraus, daß der Oberbegriff Vermögen im wirtschaftlichen Sinne aufgefaßt wird.

Geht man davon aus, daß Gegenstand ist, was entgegensteht, etwas von der Person, dem Menschen Getrenntes, das selbständig für sich be-

[40]) H. A. Fischer, Der Schaden S. 12; Philippovich Bd. I S. 36 ff.

stehen und übergehen kann, verkehrsfähig ist[41]), so ist Vermögensgegenstand jedes wirtschaftliche, für sich bestehende Sachgut, das an sich wirtschaftlich wertvoll ist, wie z. B. ein Grundstück, eine Summe Geldes. Als Vermögenswert ist dagegen jedes Gut zu bezeichnen, das erst wertvoll wird durch die Verbindung

a) mit einem Sachgut, wie z. B. die Kundschaft durch die Verknüpfung mit dem Geschäft, oder
b) mit einer Person, so z. B. Stärke, Kenntnisse (sog. persönliche Güter).

Vermögenswerte und Vermögensgegenstände werden regelmäßig einen Gebrauchs- und Tauschwert besitzen und der Vermögensproduktion dienen. Aber auch diejenigen Güter, die nicht für diesen Zweck bestimmt sind und nicht in Geld umgesetzt werden können, gehören zum Vermögen, wenn sie nur für den Besitzer einen (Gebrauchs-)Wert haben, ihre Beeinträchtigung ist Vermögensbeschädigung. Sie können vermögenswerte Güter genannt werden[42]).

Ob die Arbeitskraft eines Menschen zu seinem Vermögen gehört, ist lebhaft umstritten. Die Frage wird vielfach verneint[43]). Sicherlich gehört die Arbeitskraft nicht zu dem (lediglich aus Rechten zusammengesetzten) Vermögen im juristischen Sinne; die herrschende Meinung und das Reichsgericht lehnen die Annahme eines besonderen subjektiven Rechts, eines absoluten Rechts im Sinne von § 823 BGB., an der Arbeitskraft ab und sehen in ihrer Ausnützung nur eine erlaubte, weil nicht verbotene Tätigkeit[44]). Man wird sie aber dem Vermögen im wirtschaftlichen Sinne hinzurechnen und als wirtschaftliches Gut, als Vermögenswert betrachten dürfen[45]), dessen Höhe im Einzelfall bei jedem Dienstvertrag und jedem Werkvertrag auf Grund des Erfolges der geleisteten Tätigkeit und des dafür gezahlten Entgelts zu ermitteln ist, der also einen Tauschwert hat und der Vermögensproduktion dient. Die Arbeitskraft ist aber mit der Person verbunden. Die Dienstleistung

---

[41]) Rehm, Bilanzen S. 12.
[42]) Vgl. hierzu Fischer, Der Schaden S. 18.
[43]) So z. B. von Kiefer a. a. O. S. 12: „Die Arbeitskraft ist kein Bestandteil des Vermögens, sondern ein höchstpersönliches, unveräußerliches und unverfügbares Rechtsgut. Daher kann auch die Arbeitsleistung kein Aufwand des Vermögens sein." Vgl. ferner Zitelmann in DJZ. 1915 Sp. 449; v. Tuhr a. a. O. Bd. I S. 319; Langenbach, Wirtschaft und Recht Bd. 8 1919 S. 183 ff.; Schönfeld a. a. O. S. 248. Auch in der Rechtsprechung (vgl. RG. Bd. 67 S. 171, Bd. 69 S. 63, Bd. 70 S. 230, Bd. 81 S. 245) wird immer wieder betont, daß Rechtsgüter, die von ihrem Träger unlöslich sind, also eine Eigenschaft des Rechtssubjekts bedeuten, nicht zum Vermögen zählen.
[44]) Vgl. Lehmann, Allg. Teil S. 78; RG. Bd. 51 S. 359.
[45]) Rehm, Bilanzen S. 17; Fischer, Der Schaden S. 12.

ist regelmäßig in Person zu bewirken (vgl. § 613 BGB.), außerdem ist der Anspruch auf Dienste nicht erzwingbar. Die Arbeitskraft als solche bildet daher keinen Vermögensgegenstand. Wenn Laband Arbeitsleistungen ausschließt[46]), so soll damit offenbar ausgesprochen werden, nur Vermögensgegenstände seien einlagefähig.

Zu dieser Ansicht führt ihn die Erwägung, die Leistungen der Gesellschafter müßten unmittelbar in das Gesellschaftsvermögen übergehen, daher kämen nur Vermögensgegenstände, greifbar vorhandenes Vermögen, als Einlagen in Betracht.

Das Gesetz hat sich aber die Unterscheidung zwischen Vermögenswerten und Vermögensgegenständen in bezug auf die von den Gesellschaftern zur Erreichung des Gesellschaftszwecks zu erbringenden Leistungen etwa in dem Sinne, daß als Einlagen die in der Einbringung von Vermögensgegenständen bestehenden, als Beiträge alle übrigen bezeichnet würden, nicht zu eigen gemacht.

Maßgebend für die Auslegung des Begriffes Einlage sind die §§ 705 ff. BGB. Die handelsrechtlichen Normen, in denen von Einlagen die Rede ist, können hierfür nicht herangezogen werden, weil das Handelsgesetzbuch auf das Bürgerliche Gesetzbuch zurückverweist (vgl. § 105 Abs. 2 HGB.).

Wie sich aus § 705 BGB. ergibt, ist das Vorhandensein eines Gesellschaftsvermögens für den Begriff der Gesellschaft nicht wesentlich[47]). Das Gesetz verlangt daher nicht, daß die Leistungen der Gesellschafter zur Erreichung des Gesellschaftszwecks in Vermögenswerten oder gar in Vermögensgegenständen bestehen müssen. § 706 BGB. nennt lediglich einige Arten von Beiträgen, die Vermögenswert (= Geldwert) besitzen, gibt aber keine erschöpfende Aufzählung. Durch den Gesellschaftsvertrag werden zwischen den einzelnen Gesellschaftern Schuldverhältnisse begründet. Der Gesellschaftsvertrag ist, wie die Fassung des § 705 BGB. andeutet („die Gesellschafter verpflichten sich gegenseitig") ein gegenseitiger Vertrag[48]). Jeder Gesellschafter verspricht seine Leistung zugunsten der anderen dafür, daß auch die anderen zu seinen Gunsten sich zu Leistungen verpflichten, mag auch der Endzweck des Vertrages nicht in den gegenseitigen Leistungen, sondern in dem gemeinschaftlich zu erreichenden Zwecke liegen. Daher kann Gegenstand der Beitragspflicht alles sein, was überhaupt zum Inhalt eines

---

[46]) Vgl. S. 12 der Arbeit.

[47]) RG. in SeuffA. Bd. 61 S. 188; RG. in Warn. 1909 Nr. 403; RG. Bd. 80 S. 271 ff., SeuffA. Bd. 77 S. 245 (München). Abw. Silberschmidt, Beteiligung und Teilhaberschaft, und in ZHR. Bd. 79 S. 485.

[48]) RG. Bd. 78 S. 305; Enneccerus Bd. I 2 § 396 III S. 506 Anm. 4, 5; Lehmann, Allg. Teil und die herrschende Meinung.

Schuldverhältnisses gemacht werden kann. Für eine auf Grund einer Obligation zu erbringende Leistung ist aber nicht wesentlich, daß sie einen Vermögenswert hat. Es gibt zahlreiche Forderungen auf Leistungen ohne Vermögenswert. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in die Begriffsbestimmung der Obligation (§ 241 BGB.) das Erfordernis eines Geldwertes absichtlich nicht aufgenommen[49]). Wie heute allgemein anerkannt wird, kann jedes schutzwürdige Interesse zum Gegenstand eines Schuldverhältnisses gemacht werden[50]). Jedes schutzwürdige Interesse kann demnach auch Gegenstand der Beitragspflicht sein, ohne Rücksicht darauf, ob es einen Vermögenswert besitzt. Das Gesetz stellt im Zweifel alle Beiträge, deren Festsetzung nach Art und Größe der Vereinbarung der Gesellschafter überlassen bleibt, einander gleich. In § 722 BGB. wird bestimmt, daß jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und Größe seines Beitrags einen gleichen Anteil am Gewinn und Verlust hat, sofern der Vertrag die Verteilung nicht regelt.

Für die Leistungen zur Erreichung des Gesellschaftszweckes ist demnach ein Vermögenswert nicht wesentlich. Es besteht daher auch kein Grund, nur die Beiträge, durch die die Gesellschafter Vermögenswerte einbringen, als Einlagen zu bezeichnen und in ihnen eine Unterart der Beiträge zu sehen. Das Gesetz unterscheidet ebensowenig zwischen Beiträgen schlechthin und Beiträgen von Vermögenswert, für die eine besondere Bezeichnung am Platze wäre.

Ausschlaggebend für die Einschränkung des Einlagebegriffs auf vermögenswerte Leistungen war für Laband lediglich die Unterbringung von Diensten als gesellschaftsmäßigen Leistungen („Arbeitsleistungen, zu denen sich die Gesellschafter verpflichten, können niemals als Einlagen angesehen werden"). Laband bezeichnet als Einlage eine wirklich eingebrachte Leistung. Seine Meinung ist, wie noch zu begründen sein wird und jetzt vorweggenommen werden darf, insoweit richtig. Weil Dienste aber nicht unmittelbar in das Gesellschaftsvermögen übergehen können, weil ihr Vermögenswert an dem Erfolg zu messen ist, der durch ihre Leistung hervorgebracht wird, und weil die Arbeit durch diesen Erfolg erst dem Gesellschaftsvermögen (mittelbar) zugute kommt, sind Diensteinlagen ausgeschlossen[51]). Wenn aber die Gesellschafter überhaupt Vermögenswerte leisten sollen, so wird man nicht fordern dürfen, daß ein unmittelbarer Übergang erfolgt, daß die Einlage von vornherein einen Vermögenswert darstellt[52]). Es muß viel-

[49]) Enneccerus Bd. I 1 § 72 S. 216 (13. Aufl.).
[50]) Enneccerus Bd. I 2 § 225 II S. 5 und die dort angegebene Literatur.
[51]) Was gegen die Nichtzulassung von Diensteinlagen im allgemeinen ausgeführt wird, richtet sich daher insbesondere auch gegen Laband.
[52]) Lastig bei Endemann I S. 705.

mehr genügen, wenn durch die Einlage Werte geschaffen werden, das wirtschaftliche Ergebnis entscheidet. Zu diesem Schluß berechtigt die Zulassung von Gebrauchseinlagen (§ 733 Abs. 2 Satz 3 BGB.). Denn von der Einräumung des Gebrauchsrechts an einer Sache läßt sich nicht behaupten, daß damit effektiv bereits vorhandenes Vermögen (Kapital) eingebracht wird[53]). Das in dem Eigentumsrecht an einer Sache enthaltene Gebrauchsrecht gehört noch nicht zum Kapitalbestand des Eigentümers, die Überlassung des Gebrauchs dient aber dazu, Vermögenswerte zu erzeugen. Vor allem nennt § 733 Abs. 2 Satz 3 BGB. ausdrücklich Einlagen, die in der Leistung von Diensten bestanden haben. Das Gesetz selbst, das in § 706 Abs. 3 BGB. Dienste als Beitrag zuläßt, geht also davon aus, daß sie auch Einlage sein können.

Die Vertreter der Labandschen Lehre bezeichnen diese mit ihrer Ansicht nicht vereinbare Vorschrift des § 733 BGB. als ungenau[54]), meist ohne sie mit sachlichen Gründen zu bekämpfen. Staub[55]) und, ihm folgend, Oertmann[56]) und Eschelbacher[57]) meinen zwar, gerade § 733 BGB. zeige, daß die Einlage im engeren Sinne ganz anderen Regeln unterstehe als der Beitrag. Denn das Gesetz bestimme, daß die Einlagen im allgemeinen, nicht aber jene, die in der Leistung von Diensten bestanden hätten, bei der Auflösung der Gesellschaft ersetzt werden müßten, „Diensteinlagen" seien eben in Wahrheit keine Einlagen, ständen vielmehr im Gegensatz zu ihnen. Diese Begründung ist jedoch unrichtig. Bei der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das unter Einlagen nur bewirkte Leistungen versteht, war die Fassung des § 733 Abs. 2 Satz 3 BGB. selbstverständlich; denn nur Leistungen, die erfolgt sind, können zurückerstattet werden[58]). Aus dieser (dispositiven) Vorschrift darf man im Gegenteil folgern, daß die persönliche Dienstleistung der Kapitaleinlage grundsätzlich gleichgestellt werden sollte[59]).

Auch die übrigen Gründe, die für die Ansicht, Einlagen seien nur die Vermögensbeiträge, und gegen Dienstleistungen herangezogen werden, können nicht überzeugen.

Die Staubsche Formulierung, Einlagen seien nur verkehrsfähige Gegenstände, die unmittelbar veräußert werden könnten, besagt nichts anderes, als daß ausschließlich Vermögensgegenstände zulässig

[53]) Staub a. a. O. sieht Gebrauchseinlagen als wahre Einlagen an und widerspricht sich insoweit.
[54]) So z. B. Staudinger Bd. II Anm. II 5 zu § 733.
[55]) 6./7. Aufl. 1900 Bd. I Exkurs zu § 122 Anm. 3 S. 383.
[56]) 2. Buch 2. Abt. Anm. 2b zu § 705.
[57]) S. 8.
[58]) Vgl. Joseph S. 15.
[59]) Philipp S. 33.

sind. Sie wird durch den Hinweis widerlegt, daß das Wesen der zur Erreichung des Gesellschaftszweckes erforderlichen Leistungen weder Vermögenswerte noch Vermögensgegenstände bedingt[60]).

Unbegründet ist auch der Einwand Riezlers, die Arbeitskraft habe keinen Verkehrswert, weil sie immanenter Bestandteil der Persönlichkeit selbst sei, die lebende Persönlichkeit könne aber weder als Ganzes noch in ihren einzelnen Funktionen Gegenstand von Rechtsgeschäften sein. Gegenstand der Verbindlichkeit des Dienste versprechenden Gesellschafters ist nicht seine Arbeitskraft, sondern die Tätigkeit, die er kraft der ihm innewohnenden Arbeitsfähigkeit zu leisten vermag. Daß aber diese Tätigkeit in den Rechtsverkehr einbezogen werden kann (und durch sie mittelbar die Arbeitskraft), lehren die Institute des Dienstvertrages, bei dem die Arbeitstätigkeit selbst, und des Werkvertrages, bei dem der durch die Tätigkeit hervorgebrachte Erfolg zum Gegenstand eines Rechtsgeschäfts gemacht wird.

Die Staudingersche Auffassung, die Einlagen müßten ein Aktivum im Gesellschaftsvermögen bilden, ist nur bedingt richtig. Legt man diesen bilanzrechtlichen Ausdruck zugrunde, so wird damit verlangt, daß die Einlage einen Bilanzwert darstellen müsse. Davon kann jedoch nur dort die Rede sein, wo die Einlagen (wie bei den Kapitalgesellschaften) zur Bildung eines Grundkapitals verwendet werden, das kraft Gesetzes bilanzmäßig auszugleichen ist.

Wenn Oertmann endlich Diensteinlagen mit der Begründung ausschließt, „Dienste einlegen" sei sinn- und sprachwidrig, Einlage sei nur ein in Kapital bestehender Beitrag, so ist zu entgegnen, daß „Dienste beitragen" auch nicht gerade sprachgerecht ist, vor allem aber, daß die Volkswirtschaftslehre[61]) auch Arbeitsleistungen dem Kapitalbegriff unterordnet und als Güter bezeichnet. Sie unterscheiden sich zwar von den Sachgütern, den unter Kapital (im engeren Sinne) zusammengefaßten sachlichen Produktionsmitteln, in vielen Beziehungen, stellen aber letzten Endes Kapital im weitesten Sinne dar; denn die Arbeit ist in Verbindung mit der Natur die letzte Quelle aller Sachgüter. Der von der Volkswirtschaftslehre aufgestellte Begriff des Kapitals aber kann für die Untersuchung über den Einlagebegriff verwertet werden, wenn man, wie Staub und seine Anhänger, Einlage und Beitrag nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten scheidet.

Die Laband-Staub-Riezlersche Ansicht findet demnach keine Stütze im Gesetz[62]). Sie ist abzulehnen. Als Einlagen dürfen

---

[60]) Vgl. S. 18 f. der Arbeit.

[61]) Vgl. Philippovich a. a. O. Bd. 1 S. 36 f., 181.

[62]) Sie wird daher nur bis zur 6./7. Aufl. des Staubschen Kommentars vertreten, vgl. 12./13. Aufl. 1926 Anm. 3 b zu § 111 S. 628.

nicht nur vermögenswerte Beiträge bezeichnet werden, dem Begriff ist vielmehr ein umfassender Sinn zu unterlegen. In dieser weitreichenden Bedeutung wird Einlage auch im Handelsgesetzbuch gebraucht. Das Gesetz erwähnt Geldeinlagen (§ 111 HGB.), Vermögenseinlagen (§§ 161, 322 Abs. 2, 335 HGB.) und Kapitaleinlagen (§ 211 HGB.). Es setzt damit voraus, daß auch ein Gegenstand Einlage sein kann, der nicht in Geld oder Vermögen besteht[63]). Freilich kommt infolge dieser einschränkenden Zusätze der umfassende Sinn der Einlage nicht deutlich zur Geltung.

Der vor allem vom Reichsgericht vertretetenen Auffassung, Beiträge seien die noch zu bewirkenden, Einlagen die bereits bewirkten Leistungen, ist nicht vorbehaltlos zuzustimmen. In den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch heißt es zwar: Einlage ist das wirklich Eingebrachte[64]). Daraus könnte man entnehmen, daß Beitrag das noch zu Leistende sei. Dem ist aber nicht so. Denn die Motive selbst gebrauchen den Ausdruck Beitrag auch in dem Sinne eines schon geleisteten Gutes[65]). Auch der Sprachgebrauch des Gesetzes, den das Reichsgericht zu Unrecht als feststehend annimmt, kann nicht ohne Einschränkungen für die Richtigkeit der Unterscheidung herangezogen werden. In § 707 BGB. wird zwar der vereinbarte, d. h. zu leistende Beitrag der durch Verlust verminderten, d. h. bereits geleisteten, Einlage gegenübergestellt. Ebenso dürfte kaum bestritten werden, daß in den §§ 705, 706, 735 Satz 2 BGB. mit Beitrag eine noch zu erbringende, in den §§ 733 Abs. 2 Satz 3, 734, 735 Satz 1, 739 BGB. mit Einlage eine schon erbrachte Leistung bezeichnet wird. Zweifel ergeben sich jedoch hinsichtlich der §§ 718, 722 BGB.

In § 718 BGB. wird bestimmt, daß die Beiträge der Gesellschafter gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen) werden. Das Gesellschaftsvermögen ist demnach zur gesamten Hand gebunden. Hier können unter Beiträgen nur bereits erfolgte Leistungen verstanden werden[66]). Denn es ist anzunehmen, daß das Gesetz, wenn es vom gemeinschaftlichen Vermögen der Gesellschafter spricht, an die Beiträge denkt, deren Überführung an die gesamte Hand bereits geschehen ist. Die Ansprüche auf die noch zu leistenden Beiträge würden erst in zweiter Linie in Betracht kommen. Ist man freilich der Meinung, daß auch die Ansprüche auf die Beitragsleistungen Bestandteile des Gesellschaftsvermögens sind, dann steht die Vorschrift

---

[63]) Makower Anm. I h 2 zu § 105 S. 282; Joseph S. 6.
[64]) Bd. 2 S. 597.
[65]) Bd. 2 S. 630.
[66]) Vgl. Eschelbacher S. 8.

des § 718 BGB. mit den übrigen oben erwähnten Vorschriften im Einklang.

Die Frage ist indessen stark umstritten. Sie ist nach richtiger Ansicht zu bejahen[67]), und zwar aus praktischen Gründen. Denn nur dann, wenn man die Ansprüche auf die Beiträge zum Gesellschaftsvermögen rechnet, bilden die noch geschuldeten Beiträge ein Zugriffsobjekt für die Gesellschaftsgläubiger, vor allem, wenn die gesetzlich vorgesehene unbeschränkte Haftung der Gesellschafter als Gesamtschuldner durch eine entsprechende Abgrenzung der Vollmacht der geschäftsführenden Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt wird[68]), und nur dann gehört die Einziehung der Beiträge zur pflichtgemäßen Verantwortlichkeit der Geschäftsführer[69]). Auch das Reichsgericht[70]) hat die Frage bejaht, obwohl entgegenzuhalten ist, der aus der Verpflichtung des Gesellschafters zur Leistung seines Beitrags entspringende Anspruch stehe nur den anderen Gesellschaftern, nicht aber der Gesellschaft zu, da sonst jeder Gesellschafter zu einer ideellen Quote sein eigener Schuldner und Gläubiger wäre; ebenso spricht die Fassung des Gesetzes („werden" und nicht „sind") eher für eine Verneinung. Man wird demnach sagen dürfen, daß § 718 BGB. sowohl die zu leistenden wie auch die geleisteten Beiträge umfaßt, sich also nicht streng an den Sprachgebrauch des Gesetzes hält[71]).

Ebenso gibt die Fassung des § 722 BGB. zu Zweifeln Anlaß. Das Gesetz bestimmt hier, daß beim Fehlen einer vertraglichen Regelung die Anteile der Gesellschafter am Gewinn und Verlust ohne Rücksicht auf die Art und Größe des Beitrags gleich sein sollen; es geht also davon aus, daß im Regelfall für die Berechnung der Beitrag maßgebend sein wird. Wenn sich aber die Teilnahme am Gewinn nach den Leistungen der Gesellschafter bestimmt, so wird doch in erster Linie an die bewirkten Leistungen gedacht werden. Die Sprache des Gesetzes ist also auch hier ungenau[72]).

Dagegen muß hinsichtlich der Bezeichnung Einlage festgestellt werden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch darunter folgerichtig nur etwas wirklich Eingebrachtes versteht, wie sich aus den eingangs angeführten Vorschriften ergibt.

---

[67]) Vgl. Enneccerus Bd. I 2 § 399 I S. 515 sowie RG. Bd. 76 S. 278, Bd. 100 S. 166, Bd. 111 S. 83, Bd. 112 S. 24; Dernburg § 359 Anm. 1; RGRKomm. Anm. 3 zu § 718; Schollmeyer S. 143. And. M. Oertmann zu § 705; Planck zu § 718; Knoke S. 33.

[68]) RG. Bd. 63 S. 64; RG. in JW. 1910 S. 227.

[69]) Staudinger Anm. IV 1 zu § 705 S. 1225.

[70]) Vgl. RG. Bd. 76 S. 277.

[71]) Vgl. Steffens S. 45; Joseph S. 13; Ehlers S. 52.

[72]) Vgl. Joseph S. 14.

Im Handelsgesetzbuch dagegen ist in § 111 HGB. von einer nicht rechtzeitig eingezahlten Geldeinlage, in § 121 HGB. von Leistungen, die ein Gesellschafter als Einlage gemacht hat, die Rede. § 335 HGB. spricht von einer zu leistenden, § 337 HGB. von einer eingezahlten Einlage (vgl. auch § 341 Abs. 2 mit § 341 Abs. 1 HGB.). Der Ausdruck Einlage wird also unterschiedslos im Sinne einer zu bewirkenden wie auch einer bereits bewirkten Leistung verwendet. Bezeichnend für den untechnischen Sprachgebrauch des Gesetzes ist ferner § 172 HGB. Hier handelt Abs. 3 von Erlaß und Stundung der Einlage, die Leistung ist also noch zu erbringen. Abs. 4 dagegen erwähnt die Rückzahlung und Minderung der Einlage durch Entnahme, gemeint ist demnach eine in der Vergangenheit liegende Leistung. In Abs. 1 schließlich heißt Einlage der im Handelsregister angegebene Betrag.

Der Ausdruck Beitrag findet sich im Handelsgesellschaftsrecht überhaupt nicht.

Zusammenfassend ist demnach festzustellen, daß die vom Reichsgericht vertretene Meinung, Beitrag sei etwas Versprochenes, Einlage etwas Geleistetes mit Ausnahme der §§ 718, 722 BGB., wo die Ausdrucksweise des Gesetzes nicht zweifelsfrei erscheint, als richtig anzuerkennen ist, soweit es sich um Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs handelt. Dagegen findet sie in den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs keine Stütze, denn hier bezeichnet Einlage sowohl eine versprochene wie auch eine schon erbrachte Leistung.

Die Auffassung schließlich, zwischen Beitrag und Einlage bestehe kein Unterschied, das Gesetz gebrauche beide Wendungen untechnisch und die in der Rechtslehre gemachten Unterscheidungen seien rechtlich belanglos, kann nur für das Bürgerliche Gesetzbuch Geltung beanspruchen, da ja das Handelsgesetzbuch den Ausdruck Beitrag vermeidet. Sofern damit zum Ausdruck kommen soll, daß die in der Staubschen Lehre vertretene Unterscheidung von Vermögensbeiträgen (= Einlagen) und Beiträgen im allgemeinen abzulehnen, eine Unterscheidung nach der Tatsache der Leistung aber gerechtfertigt ist[73]), berührt sich diese Meinung mit der Ansicht des Reichsgerichts, die zwischen Beitrag und Einlage keinen gegenständlichen Unterschied findet, sondern nur auf die Tatsache der Leistung, auf die Einbringung in das Gesellschaftsvermögen abstellt. Sie ist daher mit dieser Maßgabe richtig. Soweit aber diese Ansicht dahin verallgemeinert wird, das Bürgerliche Gesetzbuch gebrauche Beitrag und Einlage wahllos nebeneinander, widerspricht sie der für richtig anerkannten Ansicht des Reichsgerichts und ist daher abzulehnen.

[73]) Vgl. z. B. Seydlitz S. 14: Es könne nur von einem rein zeitlichen Unterschied die Rede sein.

Die kritische Würdigung der über das Verhältnis von Beitrag und Einlage aufgestellten Theorien führt demnach zu dem Ergebnis: Die auf Grund eines Gesellschaftsvertrages zur Förderung des Gesellschaftszweckes zu erbringende Leistung eines Gesellschafters heißt ohne Rücksicht auf ihren Gegenstand Beitrag, soweit sie noch zu bewirken, Einlage, soweit sie bereits erbracht ist, freilich mit der Einschränkung, daß der Sprachgebrauch des Gesetzes nicht einheitlich ist, und daß insbesondere die Einlage des Handelsgesetzbuchs beide Arten von Leistungen umfaßt. Neben Kapital- sind auch Arbeitseinlagen (bzw. -beiträge) denkbar. Daher gehören auch Dienste, soweit sie zu leisten sind, zu den Beiträgen, soweit sie geleistet sind, zu den Einlagen; auch Dienste können „eingebracht" werden, wie alle Leistungen an Gesellschaften, bei denen die Gegenleistung in der Gewährung von Gesellschaftsrechten besteht[74]). Für diese Auffassung spricht, soweit es sich um die bürgerlichrechtliche Gesellschaft handelt, schon der Wortlaut des Gesetzes, das in § 706 Abs. 3 BGB. bestimmt, der Beitrag eines Gesellschafters könne in der Leistung von Diensten bestehen, und das andererseits in § 733 Abs. 2 Satz 3 BGB. von Einlagen redet, die in der Leistung von Diensten bestanden haben.

Freilich ergeben sich bei der Beantwortung der Frage, was eigentlich bei Dienstleistungen eingebracht wird, einige Schwierigkeiten. Daß die Arbeitskraft selbst nicht in Betracht kommt, weil sie als eine dem Rechtssubjekt innewohnende Fähigkeit mit ihm unlöslich verbunden ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Auch die Arbeitstätigkeit kann naturgemäß nicht „eingebracht", d. h. in das Gesellschaftsvermögen überführt werden, wohl aber der durch sie erzielte Erfolg, ähnlich wie beim Werkvertrag der Arbeitserfolg, das Werk, dem Gläubiger zugute kommt. Wie groß der wirtschaftliche Wert des Arbeitsergebnisses für die Gesellschaft ist, um wieviel er ihr Vermögen vergrößert, wird oft nicht leicht zu ermitteln sein. Man wird hierbei z. B. berücksichtigen müssen, inwieweit dem Verbande durch die Tätigkeit des Gesellschafters Aufwendungen erspart worden sind, welchen Nutzen die Gesellschaft aus der Veräußerung der Arbeitsprodukte oder aus einer anderweitigen Verwertung gezogen hat. Im einzelnen darf auf die folgenden Paragraphen verwiesen werden.

---

[74]) Staudinger Anm. III zu § 706 S. 1233.

2. Kapitel.

Dienste als Einlagen bei den einzelnen Verbandsformen.

A. Dienste als Einlagen bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft.

§ 5.

Die Struktur der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

Die Entscheidung, ob Diensteinlagen zulässig sind, hängt wesentlich von der rechtlichen Struktur der einzelnen Personenverbände ab. Die Untersuchung wird daher für jede Gesellschaftsform gesondert durchgeführt und zuvor der rechtliche Aufbau des zu behandelnden Verbandes umschrieben.

Als Ausgangspunkt der Darstellung ist die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gewählt worden, weil die sie regelnden Vorschriften zugleich für zwei Gesellschaftsformen des Handelsrechts, die Offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft, insoweit von grundlegender Bedeutung sind, als es sich um die Beiträge der Gesellschafter handelt.

Gesellschaft ist der Vertrag, durch den mehrere Personen sich gegenseitig verpflichten, einen gemeinsamen Zweck durch ihr Zusammenwirken zu fördern (§ 705 BGB.). Der Begriff des Gesellschaftsvertrages erfordert demnach:

1. einen Zweck, dessen Förderung oder Erreichung erstrebt wird. Dieser Zweck braucht nicht dem Gebiete der Vermögensinteressen anzugehören, wenn nur zu seiner Förderung irgendwelche vermögensrechtliche Leistungen versprochen werden, durch die der Vertrag in das Gebiet des Vermögensrechts einbezogen wird. Der Zweck kann also z. B. ein idealer (wissenschaftlicher, künstlerischer), auch öffentlicher (Wahlagitation) sein. Freilich sind die Gesellschaften zu Vermögens-, namentlich zu Erwerbszwecken, besonders wichtig. Die Erwerbsgesellschaften können sich insbesondere auf einen gemeinsamen Gewerbebetrieb, auf gewisse Arten von Geschäften oder auf einzelne Geschäfte richten (sog. Gelegenheitsgesellschaft) [1]).

[1]) Die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften war in den Art. 266 f. ADHGB. geregelt. Diese Vorschriften sind in das neue Handelsgesetzbuch nicht aufgenommen worden. Es entscheidet also das Gesellschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

2. Der Zweck muß ein gemeinsamer sein. Jeder Gesellschafter muß an der Erreichung dieses Zweckes in irgendeiner Weise Anteil nehmen. Es braucht sich aber nicht um einen egoistischen Zweck zu handeln. Die Gesellschaft kann z. B. auch allgemeine Interessen oder den Vorteil eines Dritten verfolgen. In diesem Falle machen sämtliche Gesellschafter die Erreichung dieses Zweckes zu ihrem gemeinsamen Interesse.

3. Der Zweck soll durch das Zusammenwirken der Gesellschafter erreicht werden. Jeder Gesellschafter hat daher in der Regel zur Förderung des Zweckes etwas beizutragen. Die Beiträge können aber nach Art und Größe verschieden sein. Die Beitragspflicht kann sich auch auf einen oder einzelne Gesellschafter beschränken. Es gehört nicht zum Wesen der Gesellschaft, daß jeder Gesellschafter einen Beitrag leistet. Der Begriff der Gesellschaft erfordert nur, daß die Gesellschafter die Verpflichtung übernehmen, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zu fördern. Wie dies zu geschehen hat, bestimmt der Gesellschaftsvertrag. Die Festsetzung eines Beitrags ist ein Sonderfall (freilich der wichtigste); das ergibt deutlich die Fassung des Gesetzes: die Gesellschafter verpflichten sich, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten. Die von der Beitragspflicht befreiten Gesellschafter haben dann nur in ganz allgemeiner Weise, z. B. durch Unterlassen eines die Gesellschaft beeinträchtigenden Verhaltens, mitzuwirken und nehmen im übrigen nur an dem Ergebnis der Gesellschaft teil [2]).

§ 6.

Die Vorschriften über den Gegenstand und die Leistung der Beiträge.

Das Gesetz enthält über den Gegenstand der Beitragspflicht keine zwingenden Vorschriften. Es nennt in § 706 BGB. einige Arten von Beiträgen, ohne damit eine erschöpfende Aufzählung geben zu wollen. Die ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten Beiträge der Gesellschafter können daher in Geld, anderen Sachen, Rechten, Gebrauchsüberlassungen, Handlungen (z. B. Überlassung einer Bestellung an die Gesellschaft), in der Verpflichtung zu einer Unterlassung, kurz in all dem bestehen, was überhaupt Gegenstand eines Schuldvertrages sein

---

[2]) Vgl. RG. in JW. 1902 S. 74 Nr. 14, 1905 S. 719, 1909 S. 656 Nr. 2, 1919 S. 933, in LZ. 1915 Sp. 1379 Nr. 6, 1920 Sp. 44; RG. in Warn. 1909 Nr. 403; RG. Bd. 77 S. 226, Bd. 80 S. 271 f., in SeuffA. Bd. 77 S. 245 (München); Enneccerus Bd. I 2 § 395 I 3 S. 504; Staudinger Anm. IV 2 zu § 705 S. 1228 f.

kann[1]). Auch die Hergabe des Namens, die Überlassung einer Kundschaft, kann einen Beitrag bilden[2]). Wegen der großen praktischen Bedeutung der Frage hebt § 706 Abs. 3 BGB. besonders hervor, der Beitrag eines Gesellschafters könne auch in der Leistung von Diensten bestehen[3]). Ja, es ist sogar denkbar, daß die Gesellschafter als Beiträge ausschließlich Dienste leisten[4]). Am häufigsten wird allerdings eine Verbindung von Sach- und Dienstbeiträgen sein.

Die von den Gesellschaftern zu leistenden Dienste können verschiedener Art sein. Maßgebend für ihre Beschaffenheit ist das Wesen der Gesellschaft im Einzelfall, die Aufgabe, die sie sich gestellt hat. Im Zweifel muß die Verkehrsauffassung entscheiden. Über den Rahmen des Gesellschaftszweckes hinaus kann sich der Inhalt der Dienste nicht erstrecken. Unter diesem Gesichtspunkt wird z. B. die Frage zu beurteilen sein, ob die Gesellschaft einen Anspruch auf die Erfindungen eines ihrer Mitglieder hat. Sie ist zu bejahen, wenn es gerade das Ziel der Gesellschaft ist, Erfindungen zu machen und der Gesellschafter hierzu durch Leistung seiner Dienste beizutragen hat[5]).

§ 7.

Die Einlagefähigkeit von Diensten.

1. Die Auffassung des Gesetzes über Kapital- und Diensteinlagen.
2. Die Notwendigkeit einer Schätzung der Dienste in Geld zwecks Ermittlung ihres Wertes für das Gesellschaftsvermögen.
3. Die Zuführung von Vermögenswerten an das Gesellschaftsvermögen durch die Leistung von Diensten.

Das Gesetz bestimmt in § 706 Abs. 3 BGB. ausdrücklich, daß Dienste Beiträge sein können. Andererseits erwähnt es in § 733 Abs. 2

---

[1]) Staudinger Anm. IV zu § 706 S. 1233.

[2]) RG. Bd. 37 S. 61, Bd. 80 S. 271, in JW. 1910 S. 656 Nr. 6.

[3]) Die sich lediglich auf die Motive (Bd. 2 S. 596) stützende Meinung Warneyers (Anm. III zu § 706 S. 1254), durch § 706 Abs. 3 werde klargestellt, daß die beigetragenen Gegenstände auch dann gemeinschaftliches Eigentum aller Gesellschafter werden, wenn einer von ihnen nur persönliche Dienste beiträgt, mag zutreffen; sie erfaßt aber nicht die ganze Bedeutung der Vorschrift.

[4]) Schollmeyer S. 71.

[5]) Teilw. abw. Makower Bd. 1 S. 284, der in der Überlassung der Erfindung an die Gesellschaft eine Erhöhung der Einlage sieht, zu der der Gesellschafter nach § 707 BGB. nicht verpflichtet ist. § 707 indessen ist dispositives Recht. Wenn ein Gesellschafter, dessen Beitrag in der Leistung von Diensten besteht, die Erfindung auf Kosten der Gesellschaft und unter Verwendung der Tätigkeit, die er der Gesellschaft zu widmen hat, macht, so wird der Vertrag zumeist vorsehen, daß die Erfindung der Gesellschaft zufällt.

Satz 3 BGB. auch Einlagen, die in der Leistung von Diensten bestanden haben, und setzt damit, seinem sonstigen Sprachgebrauch folgend, voraus, daß Dienstbeiträge durch ihre Leistung zu Diensteinlagen werden. Es wird daher anschließend darzustellen sein, wie Dienstbeiträge durch ihre Leistung in Einlagen umgewandelt, d. h. in das Gesellschaftsvermögen überführt, „eingebracht" werden.

Das Gesetz scheint Diensteinlagen nicht als eine Mehrung des Gesellschaftsvermögens anzusehen, wenn es vorschreibt (§ 733 BGB.), bei der Auflösung der Gesellschaft seien die Einlagen aus dem nach der Berichtigung der Schulden verbleibenden Vermögen der Gesellschaft zu erstatten, für Dienste aber könne kein Ersatz verlangt werden (d. h. wenn der Gesellschaftsvertrag es nicht anders bestimmt); es scheint vielmehr die materialistische Auffassung zu vertreten, Arbeit werde durch ihre Bewirkung konsumiert und sei daher nicht nach ihrem Werte aus dem Aktivüberschuß zu entlohnen[1]). (Andererseits stellt § 722 BGB., wenigstens grundsätzlich, während des Bestehens der Gesellschaft die persönliche Dienstleistung der Kapitaleinlage gleich.) Der innere Grund für diese Einschränkung liegt darin, daß auch für die Früchte und Nutzungen der zu Eigentum eingebrachten Gegenstände kein Ersatz gewährt wird[2]). Die Motive[3]) geben zu, die Vorschrift des § 733 Abs. 2 Satz 3 BGB., die Einlagen, welche in Gewährung des Gebrauchs oder der Nutzung eines Gegenstandes bestehen, den persönlichen Leistungen insofern gleichstellt, als auch für sie ein Ersatz nicht zu leisten sei, folge nicht aus dem System des Entwurfs. Die Gleichstellung sei aber gerecht; sie mindere auch zum Teil die Bedenken, die sich dagegen geltend gemacht hätten, daß die persönlichen Leistungen außer Ansatz blieben.

Das Gesetz geht davon aus, daß die einzelnen Dienste nicht auf eine Stufe zu stellen sind mit einer Kapitaleinlage. Das ist insofern richtig, als man dem Kapital nicht einzelne Arbeitstätigkeiten, sondern die Fähigkeit, die Tüchtigkeit, die geistigen Anlagen des Gesellschafters zu solchen Dienstleistungen gegenüberstellen muß. Den einzelnen Diensten selbst entspricht der Umlauf des Kapitals, seine Verwendung zu Geschäften, die die Gesellschaft tätigt. Das Verhältnis zwischen Kapital- und Arbeitseinlage ist demnach so zu bestimmen, daß der eine Gesellschafter seine Kapitalien, der andere seine Fähigkeiten und seine Arbeitskraft „einlegt", letzteres naturgemäß nicht in der Weise, daß

---

[1]) Endemann Bd. I § 181 S. 1133.
[2]) Staudinger Anm. II 5 zu § 733 S. 1343; Planck Anm. 4 zu § 733 S. 1313.
[3]) Bd. 2 S. 629.

die Arbeitskraft übergeht[4]), sondern so, daß das Arbeitsergebnis der Gesellschaft zugute kommt. Es ist also stets zu berücksichtigen, daß ein Kapitalbeitrag durch die Leistung unmittelbar in das Gesellschaftsvermögen gelangt, während ein Arbeitsbeitrag erst mittelbar, auf dem Wege über das Arbeitsprodukt und seine Umwertung, der Gesellschaft zufließt. Die von Hammer[5]) geäußerte Ansicht, § 733 BGB. stelle die durch Dienste geleistete Einlage der Geldleistung deshalb nicht gleich, weil die Arbeit sich nicht leicht in einer Summe veranschlagen lasse, wenn eine derartige Wertschätzung nicht von vornherein beabsichtigt und vorbereitet wurde, erscheint schon aus dem Grunde unbeachtlich, daß es in der Rechtswirklichkeit kaum einen Gesellschaftsvertrag geben dürfte, der Dienstbeiträge vorsieht, ohne zugleich ihren (geschätzten) Geldwert zu bestimmen.

Gerade die Zurückführung der von einem Gesellschafter in Erfüllung seiner Beitragspflicht geleisteten Dienste auf eine bestimmte Geldsumme ist entscheidend für die Frage, ob seine Arbeit einen wertschaffenden Faktor darstellt, der Erfolg seiner Tätigkeit das Gesellschaftsvermögen vergrößert hat. Denn die verschiedenartig gestalteten Beitragsleistungen müssen gleichsam auf einen Generalnenner gebracht werden, vor allem dann, wenn ein einheitlicher Maßstab für die Verteilung des Gewinns oder des Verlustes gefunden werden soll. Diese gemeinsame Formel aber ist der Geldwert. Die von einem Gesellschafter geleisteten Dienste müssen also in Geld geschätzt und auf dieser Grundlage bewertet werden.

Die Abschätzung begegnet keinen Schwierigkeiten, wenn ein Gesellschafter z. B. die Dienste eines Büroangestellten leistet. In diesem Falle wird für die Abschätzung der Betrag maßgebend sein, den die Gesellschaft an Lohn für einen an Stelle des Gesellschafters arbeitenden Handlungsgehilfen aufwenden müßte. Die Höhe dieser Summe ist unschwer festzustellen auf Grund des Tarifvertrages, nach dem diese Tätigkeit zu vergüten wäre; sind doch heute in nahezu sämtlichen Wirtschaftszweigen die Lohnsätze durch Tarifverträge geregelt. Dadurch aber, daß der Gesellschaft Mittel belassen werden, die sie ausgeben müßte, um die durch einen Gesellschafter geleisteten Dienste sich von einem Dritten zu beschaffen, werden dem Gesellschaftsvermögen Vermögenswerte zugeführt.

In ähnlicher Weise wie durch Dienstleistungen, die nicht an eine bestimmte Person gebunden sind, wird das Gesellschaftsvermögen durch Arbeitstätigkeiten der Gesellschafter vermehrt, die einen höchst individuellen Charakter tragen, wie z. B. die Tätigkeit eines Gelehrten,

[4]) Das wurde bereits S. 25 abgelehnt.
[5]) S. 7.

eines Künstlers, Technikers oder Erfinders. Hier ergeben sich für die Wertermittlung dadurch besondere Schwierigkeiten, daß — eben wegen der höchst individuellen Beschaffenheit der Dienste — ein Vergleich mit einer „ähnlichen" Tätigkeit begrifflich ausgeschlossen ist. Auch hier können der Gesellschaft beträchtliche Vermögenswerte zufließen, z. B. dann, wenn es sich um eine Erfindung von weittragender Bedeutung handelt, die der Gesellschafter auf Grund des Vertrages der Gesellschaft übereignet hat, und zwar direkt dann, wenn die Gesellschaft die industrielle Verwertung des Patentes, Herstellung und Verkauf des patentierten Gegenstandes, selbst übernimmt, indirekt auf dem Wege, daß sie hinsichtlich der patentierten Erfindung Lizenzverträge abschließt. Die Größe dieser Vermögenswerte wird entweder jeweils in den einzelnen Fällen festzustellen sein, beim Abschluß eines Lizenzvertrages z. B. entspricht sie der Summe, die für die Überlassung des Patentes gezahlt wird, oder sie wird sich aus dem Ergebnis der gesamten Geschäftstätigkeit der Gesellschaft ermitteln lassen, z. B. durch einen Vergleich mit den Ergebnissen des Vorjahres.

Soweit es sich um künstlerische oder wissenschaftliche Leistungen handelt, ist jedoch zu betonen, daß bei Gesellschaften, die einen ausgesprochen künstlerischen oder wissenschaftlichen Zweck verfolgen, so daß ihm gegenüber das Gesellschaftsvermögen an Bedeutung zurücktritt, eine Zuführung von Vermögenswerten durch Dienstleistungen nicht in Frage kommt; sie ist in diesen Fällen auch nicht gewollt. Die Betätigung der einzelnen Gesellschafter auf künstlerischem oder wissenschaftlichem Gebiet wird zwar ideale, immaterielle Werte schaffen, die ihren Gehalt in sich tragen, sie müssen jedoch für die hier durchgeführte Untersuchung ausscheiden. Denn der Begriff Vermögen ist, sofern es sich um Vermögenswerte handelt, die durch Einlagen geschaffen und in das Vermögen der Gesellschaft übergegangen sind, nicht im juristischen, sondern im wirtschaftlichen Sinne zu fassen; er schließt Sachgüter nach den Begriffen der Volkswirtschaftslehre, vor allem Geld, in sich. Eine Umwertung von Diensten in Bestandteile des Gesellschaftsvermögens wird also nur bei Gesellschaften erfolgen, die ausgesprochene Vermögens- oder Erwerbsinteressen vertreten.

Eine Kapitalisierung der Arbeit kann auch durch eine Vereinbarung erfolgen, daß für persönliche Dienstleistungen eines Gesellschafters, mögen sie individuell gebunden sein oder nicht, ein bestimmter Betrag als Einlage zu vergüten ist. Dann liegt eine Nebenabrede des Inhalts vor, daß die vereinbarte Entschädigung im Gesellschaftsvermögen als Einlage belassen wird[6]). Diese Vereinbarung kann auch

---

[6]) Wieland S. 544.

in Form einer Alternativobligation getroffen werden, bei der in obligatione die Zahlung einer festgesetzten Summe, in solutione ihre Erlegung in bar oder die Leistung von Diensten, deren Schätzungswert diesem Betrag entspricht, stehen. Hier tritt die Zuführung des Vermögenswertes ganz deutlich in Erscheinung. Die geleisteten Dienste werden durchaus einer Geldeinlage gleichgesetzt, die, sofern sich die Vergütung nach der Tätigkeit in einem bestimmten Zeitabschnitt bemißt, in Raten gezahlt wird.

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß durch die Leistung von Diensten seitens eines Gesellschafters Vermögenswerte in das Gesellschaftsvermögen gelangen[7]), daß auf diesem Wege Dienstbeiträge „eingebracht" werden können. Entscheidend für diese Feststellung war, daß nicht die Dienste selbst, sondern die durch sie hervorgebrachten wirtschaftlichen Erfolge zu bewerten sind. Gerade darum wird ja vielfach Diensten die Fähigkeit, Einlage zu sein, abgesprochen, weil ihnen zunächst das wirtschaftliche Substrat fehlt, das bei der Einbringung von Sachen und Geld sinnfällig in Erscheinung tritt, und weil Dienste nicht von vornherein ein Vermögensobjekt darstellen, sondern durch sie erst Vermögenswerte erzeugt werden. Folgt man der Auffassung, unter Vermögen sei eine Summe schon vorhandener Güter zu verstehen, über die ein Rechtssubjekt verfügen könne, und Arbeit oder Dienstleistung sei nur die Kraftäußerung, um Güter hervorzubringen, dann wird man freilich Dienste nicht als Einlagen ansprechen können. Wer aber bei der Würdigung der Dienste in ihrer Beziehung zum Gesellschaftsvermögen es für maßgebend und genügend erachtet, daß das Ergebnis der Arbeitstätigkeit dem Gesellschaftsvermögen zugute kommt und es vermehrt, muß feststellen, daß in diesem weiteren Sinne Dienstbeiträge durch die Leistung Diensteinlagen werden können.

---

[7]) Die von Warneyer (Anm. II zu § 718) und Knoke (S. 77) vertretene Meinung, Beiträge, die in der Leistung von Diensten bestehen, könnten nicht Gesellschaftsvermögen werden, weil die Leistung von Diensten kein Vermögens r e c h t darstelle, geht fehl. Es kommt nicht darauf an, ob Dienste zu den Vermögensrechten zählen, zu prüfen ist lediglich, ob sie der Gesellschaft Vermögens w e r t e zuführen.

B. Dienste als Einlagen bei den Handelsgesellschaften und der eingetragenen Genossenschaft.

I. Dienste als Einlagen bei der Offenen Handelsgesellschaft.

§ 8.

Die Struktur der Offenen Handelsgesellschaft.

Die Frage, ob bei den im Handelsgesetzbuch und seinen Nebengesetzen geregelten handelsrechtlichen Verbänden Dienste als Einlagen in Betracht kommen, soll zuerst für die Offene Handelsgesellschaft erörtert werden. Denn die Offene Handelsgesellschaft bildet die Grundform der sog. individualistischen oder Personalgesellschaften, deren Mitglieder sowohl ihre Arbeitskraft wie ihre Kapitalkraft oder einen Teil derselben dem Geschäftsunternehmen widmen wollen (im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften, deren Mitglieder allein mit ihrem Kapital beteiligt sind); sie steht zudem in ihrem rechtlichen Aufbau der eben behandelten Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sehr nahe.

Das Gesetz definiert die Offene Handelsgesellschaft als eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, und deren sämtliche Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haften (§ 105 Abs. 1 HGB.). Es bestimmt in § 105 Abs. 2 HGB., daß auf die Offene Handelsgesellschaft die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft Anwendung finden, soweit das Handelsgesetzbuch nicht etwas anderes vorschreibt.

Die Offene Handelsgesellschaft kann demnach als eine Gesellschaft im Sinne des bürgerlichen Rechts aufgefaßt werden, deren Zweck, ein Handelsgewerbe zu betreiben, gesetzlich festgelegt ist, und die nach außen hin unter einer gemeinschaftlichen Firma aufzutreten hat. Diese Zweckbestimmung kennzeichnet sie als ausgesprochene Erwerbsgesellschaft.

Die Offene Handelsgesellschaft gleicht in ihrem Fundament der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Der Zweck des Unternehmens muß ein gemeinsamer sein. An seiner Erreichung muß jeder Gesellschafter in irgendeiner Weise beteiligt sein, und durch das Zusammenwirken aller Gesellschafter soll der Zweck erreicht werden. Jeder Gesellschafter wird daher in der Regel zur Förderung dieses Zweckes etwas beizutragen haben. Die Beiträge können nach Art und Größe verschieden sein. Auch für die Offene Handelsgesellschaft ist es nicht begriffsnotwendig, daß die Beitragspflicht sich auf alle Gesellschafter erstreckt.

§ 9.

Gegenstand und Leistung der Einlagen. Die Zulässigkeit von Diensteinlagen.

Das Handelsgesetzbuch bestimmt nicht, in welchem Maße die Gesellschafter für die Zwecke der Gesellschaft beizutragen haben. Für das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander ist zunächst der Gesellschaftsvertrag maßgebend. Über die Gesellschaftseinlage bei der Offenen Handelsgesellschaft findet sich im Handelsgesetzbuch nur die vereinzelte Vorschrift des § 111 HGB. Hier wird bestimmt, welche Rechtswirkung der Verzug eines Gesellschafters mit seiner Geldeinlage auslöst, also eine Sondervorschrift gegeben. Was Gegenstand der Einlage sein kann, ist nicht im einzelnen geregelt. § 121 HGB. spricht vielmehr allgemein von Leistungen, die der Gesellschafter als Einlage macht. Es ist daher gemäß § 105 Abs. 2 HGB. auf die Bestimmungen der §§ 705 ff. BGB. über die Beiträge bei der bürgerlichen Gesellschaft zurückzugreifen.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch kann, wie oben[1]) gezeigt wurde, Beitrag jede Leistung sein, die zum Gegenstand eines Schuldverhältnisses gemacht werden kann, insbesondere jede Art von Vermögenswert. Bei der Offenen Handelsgesellschaft, die durch den Betrieb eines Handelsgewerbes Gewinn erzielen will, sind andere als vermögenswerte Beiträge nicht denkbar[2]). Es ist aber nicht erforderlich, daß die versprochene Leistung schon vor Abgabe des Einlageversprechens einen Vermögenswert darstellt. Für die Art und Größe der Einlagen ist allein der Gesellschaftsvertrag maßgebend; da die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit über das Vermögen der Gesellschaft frei verfügen können, sollen sie auch frei darüber bestimmen dürfen, was sie als Einlage gelten lassen wollen.

Wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts können demnach auch bei der Offenen Handelsgesellschaft Geld, Sachen, Rechte, Kundschaft, Tätigkeiten (Dienste oder Werke, wie z. B. die Konstruktion von Maschinen), insbesondere auch Arbeitsleistungen, die Überlassung des Gebrauchs eines Gegenstandes, schließlich eine Verpflichtung zu einer Unterlassung zum Gegenstand der Einlage gemacht werden. Aber auch nicht bilanzfähige Werte sind einlagefähig, wie z. B. das Ausnützen von Chancen, technische, kaufmännische oder organisatorische Erfahrungen oder selbst bloße Beziehungen zu Behörden[3]).

---

[1]) Vgl. S. 18 f. der Arbeit.
[2]) Makower Anm. I h 2 zu § 105 S. 282; Joseph S. 6.
[3]) Müller-Erzbach S. 187.

§ 10.

Die Vergrößerung des Gesellschaftsvermögens durch die Leistung von Diensteinlagen.

Dem Gesellschaftsvermögen werden durch die Dienstleistungen eines Gesellschafters in der gleichen Weise Vermögenswerte zugeführt, wie oben[1]) für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts dargestellt wurde. Verrichtet ein Gesellschafter z. B. die Arbeit eines Handlungsgehilfen, so verbleiben im Vermögen der Gesellschaft die Mittel, die sie für die Erledigung einer gleichartigen Tätigkeit durch einen Angestellten ausgeben müßte. Wird eine Vergütung für die Dienste festgesetzt und vereinbart, daß der Betrag nicht aus der Gesellschaftskasse entnommen, sondern in ihr belassen werden soll, so handelt es sich freilich, streng genommen, um eine Geldeinlage, besonders dann, wenn die Dienste abredegemäß nur so lange geleistet werden sollen, bis ein bestimmter Betrag erreicht ist. Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so wird durch die erstmalige Gutschrift ein Kapitalanteil des Gesellschafters begründet, den die folgenden Gutschriften vergrößern. Indessen wird in der Rechtswirklichkeit die Beteiligung eines Gesellschafters nur mit Diensten selten sein, am häufigsten wird sich eine Arbeits- mit einer Kapitaleinlage verbinden. Diese Verbindung entspricht auch dem Grundgedanken des Gesetzes. Es faßt die Offene Handelsgesellschaft durchgehends als eine Arbeitsgemeinschaft auf, jeder Gesellschafter hat sich, wenn der Gesellschaftsvertrag es nicht anders bestimmt, an den Arbeiten der Gesellschaft, namentlich an der Geschäftsführung zu beteiligen, jeder Gesellschafter wiederum ist auch befugt, dabei mitzuwirken (§ 114 Abs. 1 HGB.); andererseits hebt das Gesetz die Beteiligung mit einer Kapitaleinlage hervor, indem es (freilich nicht zwingend, § 109 HGB.) den Kapitalanteil der Gesellschafter zur Grundlage der Gewinnverteilung macht (§ 120 HGB.). Eine Kapitaleinlage wird fast immer die Basis für die Betätigung der Gesellschafter bilden. Diese Tätigkeit wird aber um so fruchtbarer sein, wenn die Mitwirkungsbefugnis des Gesellschafters, die kraft Parteiwillens zu einer (Neben-)Pflicht ausgestaltet werden kann, zum Gegenstand seiner Hauptverpflichtung gegenüber der Gesellschaft, seiner Einlagepflicht, gemacht wird, derart, daß von ihr seine mitgliedschaftlichen Rechte nach Art und Umfang abhängen. In der Regel wird der Gesellschafter dann am Gewinn und Verlust beteiligt sein. Daß er ein festes Entgelt bezieht, wäre freilich auch denkbar und mit dem Wesen der Gesellschaft nicht unvereinbar, seine Mitarbeit bliebe doch

[1]) S. 28 ff. der Arbeit.

bloße Gesellschafterbetätigung, ein Dienstverhältnis würde dadurch nicht begründet[2]) Aber gerade die Anteilnahme am Gewinn und Verlust auf Grund einer Diensteinlage wird der Gesellschaft einen Mitarbeiter sichern, der, schon mit Rücksicht auf seine gesamtschuldnerische Haftung mit seinem ganzen Vermögen gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, unter vollem eigenem Verantwortungsgefühl mit angreift, und dessen Eifer sich nicht im Achtstundentag erschöpft, weil er als Mitunternehmer an einer gedeihlichen Entwicklung des Geschäftes besonders interessiert ist. Diese Mitarbeit kann keine Angestelltenbetätigung ersetzen, und daß sie, wenn sie erfolgreich ist, dem Gesellschaftsvermögen beträchtliche Vermögenswerte zuführen kann, dürfte außer Zweifel stehen. Die Größe dieser Werte wird sich schon bei einzelnen günstigen Abschlüssen der Gesellschaft errechnen lassen; sie ist im übrigen auf Grund des gesamten Geschäftsergebnisses während eines bestimmten Zeitabschnittes aus der Bilanz zu ermitteln, die die Gesellschaft gemäß § 39 HGB. aufzustellen hat.

II. Dienste als Einlagen bei der Kommanditgesellschaft.

§ 11.

Die Struktur der Kommanditgesellschaft.

Die Kommanditgesellschaft ist wie die Offene Handelsgesellschaft eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist (§ 161 Abs. 1 in Verb. mit § 4 Abs. 2 HGB.). Sie unterscheidet sich von der Offenen Handelsgesellschaft dadurch, daß einer oder einige der Gesellschafter, die Kommanditisten, nur beschränkt, nämlich bis zum Betrage einer bestimmten Vermögenseinlage, haften, die gemäß § 162 HGB. ins Handelsregister einzutragen ist, während bei den übrigen Gesellschaftern, den persönlich haftenden Gesellschaftern oder Komplementaren, eine Beschränkung der Haftung nicht stattfindet; sie haften also wie die Mitglieder einer Offenen Handelsgesellschaft unbeschränkt mit ihrem ganzen Vermögen.

Auf die Kommanditgesellschaft finden ergänzend die Vorschriften über die Offene Handelsgesellschaft Anwendung (§ 161 Abs. 2 HGB.).

Die Kommanditgesellschaft ist also wie die Offene Handelsgesellschaft eine Gesellschaft (§ 705 BGB.). Alle Gesellschafter müssen sich

---

[2]) RG. Bd. 90 S. 14; Müller-Erzbach S. 187; Staudinger Anm. IV 3a zu § 705 S. 1231.

an der Erreichung des Unternehmenszweckes, der ein gemeinsamer sein muß, in irgendeiner Weise beteiligen und ihn durch ihr Zusammenwirken zu fördern suchen. Alle Gesellschafter werden daher in der Regel zur Förderung dieses Zweckes etwas beizutragen haben. Die Beiträge wieder können sich nach Art und Größe unterscheiden. Wie die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Offene Handelsgesellschaft ergibt, die ihrerseits wieder auf die Vorschriften über die bürgerlichrechtliche Gesellschaft zurückführen, ist es nicht notwendig, daß die Beitragspflicht sämtliche persönlich haftenden Gesellschafter umfaßt. Dagegen schreibt das Gesetz die Einlagepflicht des Kommanditisten ausdrücklich vor (§ 161 Abs. 1 HGB.).

§ 12.

Die Einlagen der Gesellschaftsmitglieder.

Die Zulässigkeit von Diensteinlagen

1. der persönlich haftenden Gesellschafter,
2. der Kommanditisten; Einlagebetrag und Haftsumme.

Das Gesetz bestimmt in § 163 HGB., daß sich das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander nach dem Gesellschaftsvertrag richtet, und daß die §§ 164—169 HGB. nur ergänzend eingreifen. Es überläßt daher auch der Regelung durch den Gesellschaftsvertrag, was zum Gegenstande der Einlagepflicht gemacht werden kann, ohne einschränkende Bestimmungen zu treffen; lediglich die Einlage des Kommanditisten wird als „Vermögenseinlage" bezeichnet (§ 161 Abs. 1 HGB.). Wie aber bereits bei der Darstellung der Offenen Handelsgesellschaft betont wurde, kommen bei den Handelsgesellschaften andere als vermögenswerte Einlagen nicht in Betracht.

Der Gesellschaftsvertrag kann daher den Gegenstand der Einlage der Komplementare bestimmen im Rahmen der Vorschriften, die für die Einlage bei der Offenen Handelsgesellschaft gelten. Auch diese Vorschriften umschreiben nicht den Gegenstand der Einlage, sondern lassen auf die §§ 705 ff. BGB. über die Beiträge bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft zurückgreifen. Die Einlage der Komplementare kann demnach in Geld, Sachen, Rechten, Tätigkeiten, vor allem auch Arbeitsleistungen, der Überlassung des Gebrauchs eines Gegenstandes, schließlich auch in der Verpflichtung zu einer Unterlassung sowie in nicht bilanzfähigen Werten bestehen, in einer jeden Leistung, die Inhalt eines Schuldverhältnisses sein kann.

In § 161 Abs. 1 HGB. bestimmt das Gesetz ausdrücklich, daß der Kommanditist einlagepflichtig ist, und daß er eine „Vermögenseinlage"

zu leisten hat. Auch das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch sprach in Art. 150 davon, daß sich die Beteiligung des Kommanditisten auf seine Vermögenseinlage beschränke.

Die Wahl dieses Ausdrucks hat schon zur Zeit der Geltung des ADHGB. zu der Annahme geführt, Vermögenseinlage sei gleich Geldeinlage. Diese Meinung wurde jedoch noch vor dem Inkrafttreten des HGB. aufgegeben[1]). Behauptet hat sich hingegen eine andere Ansicht, die den Begriff des Vermögens durch den des Kapitals erläutert und unter Vermögenseinlage eine Kapitaleinlage versteht[2]). Nach dieser Auffassung gehört es zum Begriff der Vermögenseinlage, daß von seiten des Kommanditisten dem Gesellschaftsvermögen Vermögensgegenstände, effektiv bereits vorhandenes Vermögen, zugeführt werden, und zwar müssen es Teile des dem Kommanditisten eigentümlich gehörenden Vermögens sein, Dienste sind als Einlage des Kommanditisten ausgeschlossen.

Die gleiche Ansicht vertritt für das geltende Handelsgesetzbuch Makower[3]). Er betont zwar, Vermögenseinlage sei nicht nur jede Geldeinlage, sondern auch jede sonstige Einlage von Kapital, z. B. Sachen, Rechte, Kundschaft, weist aber darauf hin, daß ein Beitrag von Arbeitsleistung, wenngleich eine Einlage, so doch keine Einlage von Vermögen sei. Eine Gesellschaft, bei der die Haftung des einen Gesellschafters gegenüber Dritten auf den geschätzten Wert einer bestimmten, künftig beizutragenden Arbeitsleistung, nicht etwa das Ergebnis einer in der Vergangenheit liegenden Arbeitsleistung, beschränkt werde, sei nicht als Kommanditgesellschaft anzusehen; der mit Arbeit beteiligte Gesellschafter hafte daher trotz vereinbarter Haftungsbeschränkung nicht als Kommanditist, sondern unbeschränkt wie die Komplementare. Makower gibt freilich zu, daß ein durchschlagender sachlicher Grund, beide Fälle der Beteiligung verschieden zu behandeln, nicht ersichtlich ist.

Ähnlich behauptet Endemann[4]), nur wer mit einer Vermögenseinlage, sei es in Geld oder anderer Gestalt, mit eingelegten oder zugesagten Vermögenswerten sich beteilige, sei Kommanditist. Wer der Gesellschaft bloß Arbeit zuwende, ohne eine Haftung für die Gesellschaftsschulden zu übernehmen, trage zur Kreditbasis der Gesellschaft nicht bei.

---

[1]) Vgl. hierzu Seydlitz S. 9.

[2]) Wendt in Endemanns Handb. Bd. I § 99 S. 441; v. Kräwel, Zur Lehre von der Kommanditgesellschaft, in Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgem. deutschen Handelsrechts Bd. 5 S. 95 ff.; Gierke, Privatrecht S. 535.

[3]) Anm. I c 3 zu § 161 S. 420 und Anm. I h 2 zu § 105 S. 283.

[4]) Handelsrecht S. 168.

Ehrenberg[5]) wieder hält Dienstleistungen deshalb für ausgeschlossen, weil bei ihnen eine Schätzung nicht wohl möglich sei.

Demgegenüber wird häufig, und zwar schon zur Zeit des ADHGB., die Ansicht vertreten, die Einlage des Kommanditisten könne auch in der Leistung von Diensten bestehen, weil Dienste ebenfalls einen Vermögenswert darstellten[6]). Zum Teil wird auch geltend gemacht, der Ausdruck Vermögenseinlage weise nicht auf das Vermögen hin, aus dem die Leistung bewirkt, sondern auf das Vermögen, in das sie einzubringen sei[7]).

Welche von den oben wiedergegebenen Auffassungen als richtig anzunehmen ist, ergibt sich bei einer eingehenden Untersuchung, in welchem Sinne das Handelsgesetzbuch bei der Kommanditgesellschaft die Ausdrücke Einlage und Vermögenseinlage verwendet.

Das Gesetz spricht in § 161 HGB. davon, daß die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist. Gemeint ist also der Betrag, bis zu dessen Höhe der Kommanditist für die Gesellschaftsschulden in Anspruch genommen werden kann, seine Haftsumme. Ebenso pflegt das Gesetz in den §§ 171, 172 Abs. 1, 174 HGB. von einer „Einlage" (wenngleich mit dem Zusatze „den Gläubigern gegenüber" oder ähnlich) zu reden, wo es den Betrag der Haftsumme des Kommanditisten meint. Der Sprachgebrauch des Gesetzes ist unklar und verwirrend. Es scheint die Einlage des Kommanditisten mit seiner Haftsumme zu identifizieren. Zwischen beiden Begriffen ist aber zu unterscheiden. Das Gesetz bringt nicht zum Ausdruck, daß die eigentliche Einlage und jene Haftsumme verschieden bemessen sein können. Es kann z. B. ein geringerer Beitrag festgesetzt werden in der Erwartung, daß sich die Einlage durch nicht abgehobene Gewinne erhöht und so in kurzer Zeit den Betrag der Haftsumme erreicht. Auch der umgekehrte Fall ist denkbar, daß die Einlage die Haftsumme übersteigt. In diesem Fall wäre es möglich, den Differenzbetrag zurückzuzahlen, ohne daß die Gläubiger widersprechen könnten. Denn für das (Innen-)Verhältnis der Gesellschafter untereinander ist die Einlage maßgeblich, für das (Außen-)Verhältnis Dritter zu der Gesellschaft lediglich die Haftsumme. Wie die Einlage des Komplementars von

---

[5]) Beschränkte Haftung usw. S. 378.

[6]) Vgl. Hahn, Komm. zum ADHGB. 3. Aufl. 1877 § 1 III zu Art. 150 S. 620 ff., 4. Aufl. Bd. 1 § 1 zu Art. 150 S. 619; Behrend § 87 Anm. 10 S. 626 ff.; Lehmann-Ring Anm. 6 zu § 161 S. 492; Goldmann Anm. 20 zu § 161; Hammer S. 7 ff.; Wendel S. 29 ff.; Greil S. 50; Seydlitz S. 32; Furrer S. 241; Schwalb in ZHR. Bd. 34 S. 392 ff.

[7]) So z. B. von Renaud, KommGes. S. 119; vgl. auch RG. im Recht 1909 Beil. Nr. 139.

seiner persönlichen Haftung zu scheiden ist, so die Einlage des Kommanditisten von der Haftsumme[8]).

Daß das Gesetz die Unterscheidung von Einlage und Haftsumme zugrunde legt, ergibt deutlich ein Vergleich der Vorschriften über die Kommanditistenhaftung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs mit denen des geltenden Handelsgesetzbuchs. Während in Art. 165 ADHGB. bestimmt ist, daß der Kommanditist „mit der Einlage" haftet, vermeidet das geltende Handelsgesetzbuch absichtlich diese Wendung. Es läßt den Kommanditisten den Gläubigern der Gesellschaft „bis zur Höhe seiner Einlage" unmittelbar haften und erklärt die Haftung für ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist (§ 171 Abs. 1 HGB.). Es ist also folgende Regelung getroffen: hat der Kommanditist die Einlage nicht geleistet, so haftet er unmittelbar und mit seinem ganzen Vermögen; ist die Einlage geleistet, dann ist die Haftung „ausgeschlossen", d. h. er ist haftfrei. Von einer Haftung „mit der Einlage" spricht das Gesetz nicht mehr. Es unterscheidet also zwischen Einlage und Haftsumme. Daher ist es unerheblich, ob das als Einlage Geleistete ein geeignetes Haftungsobjekt ist oder nicht.

Wesentlich für die Beteiligung des Kommanditisten ist demnach, daß er öffentlich erklärt hat, die von der Gesellschaft einzugehenden vermögensrechtlichen Gefahren bis zu einem bestimmten Betrage auf sich nehmen zu wollen. Die öffentliche Erklärung dieses Willens liegt in der Eintragung des Betrages der Vermögenseinlage in das Handelsregister gemäß § 162 Abs. 1 HGB. Diese Erklärung ist verwirklicht, wenn der Kommanditist einen diesem Betrage entsprechenden Vermögensgegenstand dem Gesellschaftsvermögen zugeführt hat. Hat er dagegen die versprochene Einlage nicht geleistet oder sie sich, nachdem er sie geleistet, wieder zurückgeben lassen, so kommt er jener Erklärung dadurch nach, daß er bis zur Höhe der festgesetzten Summe für die Gesellschaftsschulden einsteht, und zwar mit seinem gesamten Vermögen. Der Kommanditist haftet demnach auch persönlich, aber nur bis zu einem bestimmten Betrage. Die Einlage des Kommanditisten als solche ist also nicht erforderlich. Begrifflich notwendig ist nur die Erklärung des Kommanditisten, er übernehme die Haftung bis zu einem gewissen Betrage, bis zur Höhe seiner Haftsumme, nicht aber, daß er wirklich etwas einlege. Die Kommanditgesellschaft entsteht mithin nicht erst durch die Einbringung der Vermögenseinlage, sondern schon durch die öffentliche Erklärung des Kommanditisten, daß er sich mit einer solchen beteiligen wolle[9]).

---

[8]) Vgl. Lehmann, Lehrb. S. 284 Anm. 1.

[9]) Vgl. hierzu Staub Anm. 7—9 zu § 161; Wieland S. 744, 758 Anm. 4; Lehmann, Lehrb. S. 283; Müller-Erzbach S. 228.

Die oben wiedergegebenen Ansichten über den Begriff der Vermögenseinlage lassen die Unterscheidung zwischen Einlage und Haftsumme vermissen. Sie ist aber im Gesetz begründet und für die Beantwortung der Frage unerläßlich, was als gültige Vermögenseinlage in Betracht kommt, inwieweit der Kommanditist durch die Leistung der Einlage von seiner Haftung befreit wird, ob nur bares Geld oder andere Gegenstände, ob nur Eigentumsübertragungen oder auch Gebrauchsüberlassungen, schließlich, ob die Arbeitskraft, die Leistung von Diensten, genügt. Für das Außenverhältnis des Kommanditisten zu den Gesellschaftsgläubigern ist erforderlich und ausreichend, daß ein bestimmter Einlagebetrag festgestellt wird, mit dem sich der Kommanditist beteiligt. Diesen Betrag hat er in barem Geld einzulegen oder in Vermögensgegenständen, die ihrem Werte nach dem Geldbetrag entsprechen; ist die Einlage nicht bewirkt oder nach ihrer Einbringung zurückgegeben worden, so hat er bis zu dem Betrage unmittelbar einzustehen. Der Kommanditist haftet also den Gesellschaftsgläubigern stets dafür, daß der Gesellschaft Vermögensgegenstände zugeführt worden sind, deren Wert der festgesetzten Haftsumme gleichkommt. Das Interesse der Gesellschaftsgläubiger bedingt jedoch, daß als Leistung auf die Haftsumme nur objektive Werte eingebracht werden dürfen. Im Innenverhältnis aber der Gesellschafter untereinander steht es in ihrem freien Belieben, den Gegenstand der Einlagepflicht des Kommanditisten durch den Gesellschaftsvertrag zu bestimmen. Die Einlage kann in Geld und anderen Sachen[10]), Überlassung des Gebrauchs von Sachen, Forderungen[11]), auch Forderungen gegen die Gesellschaft[12]), bestehen. Es sind aber auch alle sonstigen Werteinlagen zugelassen, ohne daß — im Gegensatz zum Aktienrecht — irgendwelche Beschränkungen oder Schutzbestimmungen zugunsten der Gesellschaft vorgesehen wären; es gilt vielmehr das gleiche wie für die Offene Handelsgesellschaft. Daher können auch Arbeitsleistungen (§ 706 Abs. 3 BGB.) eingebracht werden.

Die Zulässigkeit von Diensteinlagen ist freilich noch stark umstritten, wird aber überwiegend bejaht[13]). Dagegen spricht sich vor allem Makower[14]) aus. Die Gründe aber, mit denen er seine Ansicht stützt, sind nicht überzeugend. Seine Beweisführung aus dem Gesetz

---

[10]) RG. Bd. 2 S. 306.

[11]) OLG. Hamburg in OLG. Bd. 8 S. 258.

[12]) RG. in JW. 1906 S. 432 Nr. 22.

[13]) Staub Anm. 9 zu § 161; Müller-Erzbach S. 228; Lehmann-Ring Anm. 6 zu § 161; Goldmann Anm. 20 zu § 161; Furrer S. 24; Pfennig S. 56; Wendel S. 29; Seydlitz S. 30 ff.; Lehmann, Lehrb. S. 283 Anm. 4; Düringer-Hachenburg Anm. 8 zu § 161; Wieland S. 763 Anm. 22; abw. Curtius S. 34.

[14]) Anm. Ic 3 zu § 161 S. 420.

erscheint unklar und widerspruchsvoll. Er nimmt an, man hätte den § 161 Abs. 1 HGB. nicht dahin gefaßt, daß sich die Haftung des Kommanditisten „auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage" beschränke, wenn man Arbeitseinlagen hätte zulassen wollen; die Formulierung, der Kommanditist hafte „mit einem bestimmten Betrage", hätte in diesem Falle genügt. Diese Wendung aber sei mit Absicht vermieden worden, wie sich aus der Denkschrift zum Entwurf des Handelsgesetzbuchs ergebe.

Diese Ansicht trifft jedoch nicht zu. Makower selbst nimmt an, daß die Leistung von Diensten eine Einlage, wenngleich keine Vermögenseinlage, ist. Auch von seinem Standpunkt aus stände also die Zulassung von Diensten außer Frage, wenn das Gesetz von der Haftung „auf den bestimmten Betrag" (einer Einlage) sprechen würde. Auf den Unterschied zwischen dieser Ausdrucksweise und der in das Gesetz aufgenommenen legt aber die Denkschrift keinen Nachdruck, sie betont vielmehr, es sei nicht unzutreffend, wenn das Gesetz überall von der Haftung mit dem Betrag einer Einlage spreche[15]). Bei der Abfassung des Gesetzes sind also die beiden von Makower gegenübergestellten Wendungen gegeneinander abgewogen worden, jedoch nicht unter dem Gesichtspunkt, ob als Kommanditeinlage nur Kapital oder auch Arbeitsleistungen zuzulassen seien, sondern im Hinblick auf die Frage, ob die Einlage des Kommanditisten lediglich als Haftsumme zu kennzeichnen oder auch ihre interne Funktion hervorzuheben sei[16]). Die Tatsache, daß die heutige Fassung des § 161 HGB. Gesetz geworden ist, rechtfertigt nur die Folgerung, daß die interne Funktion der Kommanditeinlage zum Ausdruck gebracht werden sollte. Die Ansicht Makowers findet also im Gesetz keine Stütze und ist abzulehnen.

Dienste sind demnach als Einlage des Kommanditisten zulässig. Mit der Abarbeitung der versprochenen Dienste, für die ein objektiver Schätzungswert festgestellt werden muß, verringert sich der Betrag der noch ausstehenden Einlage um den Wert der geleisteten Dienste, bis schließlich der Schätzungswert der geleisteten Tätigkeit den Schätzungswert der anfangs versprochenen Dienste erreicht hat. Darüber hinaus besteht keine Einlagepflicht und keine Haftpflicht des Kommanditisten.

Bei der Schätzung des Wertes der Arbeit können sich mitunter Schwierigkeiten ergeben. Man wird im allgemeinen davon auszugehen haben, wieviel die Gesellschaft für die Tätigkeit eines Dritten aufwenden müßte, der in der gleichen Zeit und unter den gleichen Bedingungen die Arbeit des Kommanditisten zu leisten hätte. Die Höhe dieser Auf-

---

[15]) Denkschrift S. 3194.
[16]) Denkschrift S. 3193.

wendungen wird sich meist durch ein Sachverständigengutachten ermitteln lassen.

§ 13.

Die Zuführung von Vermögenswerten durch Diensteinlagen der persönlich haftenden Gesellschafter und Kommanditisten.

Das Gesetz bestimmt in § 164 HGB., daß der Kommanditist von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen ist. Diese Regelung ist zwar nicht zwingend, sie wird aber meist der vertraglichen entsprechen, so daß allein die Komplementare die Geschäfte führen werden. Besteht die Einlage des einen oder anderen von ihnen in Diensten, so wird sich die Zuführung von Vermögenswerten an die Gesellschaft durch ihre Tätigkeit aus der Bilanz am Ende des Geschäftsjahres oder aus Zwischenbilanzen für kürzere Abschnitte ermitteln lassen; im einzelnen gilt das gleiche wie bei Diensteinlagen der Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft[1]). Hat z. B. ein Gesellschafter eine Erfindung gemacht, so wird die Gesellschaft als Plus den aus der Verwertung der Erfindung erzielten Betrag buchen können (nach Abzug der bei der Ausarbeitung aufgewendeten Unkosten für Bezahlung der Hilfskräfte, des Materials usw.). Wenn alle oder einzelne Komplementare Arbeitsleistungen beitragen, so wird die Einlage des Kommanditisten gewöhnlich in Geld oder leicht in Geld umzusetzenden Werten bestehen, damit eine Kapitalbasis für die Tätigkeit der Gesellschaft geschaffen wird. Umgekehrt werden häufig die Kommanditisten mit Arbeitseinlagen beteiligt sein, wenn die persönlich haftenden Gesellschafter Geld oder sonstige sofort greifbare Vermögenswerte beitragen. Arbeitet der Kommanditist als Handlungsgehilfe, z. B. als Buchhalter, oder wird er in anderer Weise für die Gesellschaft tätig, so ergibt sich der Vermögenswert seiner Einlage daraus, daß die Gesellschaft das Gehalt für eine an seiner Stelle anzunehmende Hilfskraft erübrigt; auch kann vereinbart sein, daß der Kommanditist zu einem geringeren Lohn arbeitet, als nach dem Tarifvertrag zu zahlen wäre oder sonst üblich ist. Wird eine feste Gehaltssumme ausbedungen, so bildet diese die rechnerische Grundlage; die Einlage summiert sich dann aus den in der Gesellschaftskasse verbleibenden Gehaltsraten. Der von Seydlitz[2]) geäußerten Ansicht, bei der Bildung der Einlage aus den Vergütungen, die die Gesellschaft dem Kommanditisten für seine Dienste zahlt, und die er in der Gesellschaftskasse beläßt, stelle

[1]) Vgl. S. 35 f. der Arbeit.
[2]) S. 28.

sich die Hergabe der Vergütung als Barzahlung oder als Aufrechnung mit einer dem Kommanditisten gegen die Gesellschaft zustehenden Forderung dar, dürfte nicht zuzustimmen sein. Auch wenn für die Tätigkeit des Kommanditisten eine Vergütung, z. B. in Form eines monatlich zahlbaren Gehalts, vereinbart wird, können die Dienstleistungen selbst Gegenstand der Einlage sein. Die Verpflichtung des Kommanditisten ist ja gerade auf die Dienstleistung gerichtet und erschöpft sich hierin. Die festgesetzte Vergütung soll lediglich ein Bewertungsmaßstab sein. Die Dienste des Kommanditisten müssen stets in Geld geschätzt werden, schon deswegen, damit das Verhältnis des Wertes der geleisteten zu dem Werte der noch zu leistenden Dienste festgestellt werden kann. Bei dieser Schätzung kann die Arbeit des Kommanditisten während eines Geschäftsjahres oder während kürzerer Zeitabschnitte bewertet werden. Erhält der Kommanditist ein monatliches Entgelt, so wird seine Tätigkeit für die Gesellschaft pro Monat geschätzt, und diese Art der Schätzung dürfte sich gerade für die Kommanditgesellschaft empfehlen, weil sie ohne Schwierigkeiten erkennen läßt, ob der Betrag der Einlage und der Haftsumme, die sich meist decken werden, wirklich erreicht ist.

Durch Vereinbarung der Gesellschafter kann die Geschäftsführung ganz oder zum Teil dem Kommanditisten übertragen werden[3]). Für die Zuführung von Vermögenswerten durch die Tätigkeit des Kommanditisten als Geschäftsführer und die Gutschrift dieser Werte auf Einlagekonto gilt dann das gleiche, was über die Schaffung von Vermögenswerten durch Diensteinlagen der Komplementare als Geschäftsführer gesagt worden ist.

III. Sind Dienste als Einlagen bei der Aktiengesellschaft zulässig?

§ 14.

Die kapitalistische Struktur der Aktiengesellschaft.

Die Zulässigkeit von Diensteinlagen ist für die sog. Personalgesellschaften oder individualistischen Gesellschaften ausnahmslos bejaht worden. Es bleibt nunmehr zu untersuchen, ob diese Feststellung auch für die sog. Kapitalgesellschaften gelten kann.

Zum Ausgangspunkt der Erörterungen sei die Aktiengesellschaft gewählt. Sie ist die reinste Vertreterin der Kapitalgesellschaften, sie ist auch im Zeitalter der kapitalistischen Wirtschaft die herrschende Unternehmungsform.

[3]) RG. Bd. 31 S. 72; RG. in LZ. 1908 Sp. 535; KGJ. Bd. 2 S. 193.

Das Gesetz bestimmt den Begriff der Aktiengesellschaft in § 178 HGB. Sämtliche Gesellschafter müssen mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital beteiligt sein, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften.

Durch das Grundkapital, dessen Mindestbetrag gesetzlich bestimmt ist (§ 17 Abs. 2 der Goldbilanzverordnung vom 28. Dezember 1923 in Verb. mit § 2 der zweiten Verordnung zur Durchführung des Münzgesetzes vom 12. Dezember 1924) unterscheidet sich die Aktiengesellschaft von den bisher behandelten Verbandsformen am meisten; nur die nach ihrem Vorbild geschaffene Gesellschaft mit beschränkter Haftung besitzt in ihrem Stammkapital eine entsprechende Institution.

Das Grundkapital soll ein dauernder Haftungsstock für die Gesellschaftsgläubiger und das Betriebskapital für das Unternehmen sein. Das Gesetz trifft daher Vorsorge, daß es sobald als möglich aufgebracht wird (§§ 188 Abs. 1, 189 Abs. 1 in Verb. mit § 195 Abs. 3 HGB.).

Der Gesellschaft soll eine Aktivmasse in Höhe des Grundkapitals, das an sich nur eine Rechnungsgröße darstellt, dauernd erhalten bleiben. Die Aktionäre können daher ihre Einlagen nicht zurückfordern (§ 213 HGB.). In § 261 Ziff. 5 HGB. ist angeordnet, daß in der jährlichen Gewinnverteilungsbilanz der ganze Betrag des Grundkapitals auf der Passivseite erscheinen muß. Der Gewinn soll sich aus der Vergleichung sämtlicher Aktiva und Passiva ergeben (§ 261 Ziff. 6 HGB.), also nur dann vorhanden sein, wenn die gesamten Aktiva mehr als die Schulden und das Grundkapital betragen. So wird wenigstens vermieden, daß ein Aktivbestand in Höhe des Grundkapitals als Gewinn verteilt wird. Allein der aus der Bilanz ermittelte Gewinn darf an die Aktionäre verteilt werden, feste Zinsen dürfen ihnen weder versprochen noch ausgezahlt werden (§ 215 Abs. 1 HGB.); eine Ausnahme bilden die sog. Bauzinsen (§ 215 Abs. 2 HGB.). Nur im Wege der Satzungsänderung kann das Grundkapital erhöht oder herabgesetzt werden (§§ 278 ff. HGB.).

Das Gesetz bezweckt schließlich eine allmähliche Vergrößerung des Grundkapitals, indem es zwingend vorschreibt, daß 5% des jährlichen Reingewinns, ein etwaiges Aufgeld sowie alle Zuzahlungen der Aktionäre für gewisse Vorzugsrechte (Prioritäten) in den Reservefonds einzustellen sind (§ 262 HGB.).

Die kapitalistische Basis der Gesellschaft wird demnach überall in den Vordergrund gestellt; dementsprechend ist auch die Mitgliedschaft kapitalistisch gefärbt.

Mitglied kann bei der Gründung der Gesellschaft nur werden, wer sich verpflichtet, einen Teil des Grundkapitals aufzubringen. Grundlage und Voraussetzung der Mitgliedschaft ist die Kapitalbeteili-

gung, mithin das Übernehmen wenigstens einer Aktie. Im Gegensatz zu den Personalgesellschaften ist die Einlagepflicht für den Bestand der Aktiengesellschaft wesentlich.

Die Mitgliedschaftsrechte, die wie bei allen auf die Erzielung von Gewinn gerichteten Verbänden in das Mitverwaltungsrecht und das Recht auf einen Anteil am Reingewinn sowie am Liquidationserlös zerfallen, bestimmen sich nach dem Maße der kapitalistischen Beteiligung. Teilnahme- und stimmberechtigt in der Generalversammlung ist nur der Aktionär. Die Abstimmung erfolgt nach Aktien. Gewisse Minoritätsrechte, wie sie z. B. die §§ 254, 264 HGB. vorsehen, knüpfen sich an die Bedingung, daß die Anteile der in der Minderheit gebliebenen Aktionäre zusammen den zwanzigsten oder den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen. Der Gewinn wird in Gestalt einer Dividende verteilt, die in einem Prozentsatz des von dem Aktionär übernommenen Aktienbetrages besteht.

Entscheidend für den Umfang der mitgliedschaftlichen Rechte der Aktionäre ist also ihre Kapitalleistung, die Persönlichkeit des einzelnen wird vollständig zurückgedrängt.

Die kapitalistische Struktur der Aktiengesellschaft dürfte damit genügend gekennzeichnet sein.

§ 15.

Die Vorschriften über die Aufbringung des Grundkapitals und den Gegenstand der Einlagen.

Das Gesetz sieht als Regelfall an, daß das Kapital für das Aktienunternehmen ganz oder zum größten Teil bei der Gründung neu aufgebracht oder in Geld eingezahlt wird. Um die baldige Aufbringung des Grundkapitals zu sichern, das für die Gläubiger der Gesellschaft ein dauernder Haftungsstock und für das Unternehmen das unentbehrliche Betriebskapital sein soll, ist angeordnet, daß schon im Gründungsstadium sämtliche Aktien übernommen werden müssen (§§ 188 Abs. 1, 189 Abs. 1 in Verb. mit § 195 Abs. 3 HGB.), d. h. schon in diesem Zeitpunkt müssen die Gesellschafter sich zur Aufbringung des ganzen Grundkapitals verpflichten. Noch vor der Eintragung der neuerrichteten Gesellschaft in das Handelsregister soll auf jede Barleistungsaktie mindestens ein Viertel des Nennbetrages, bei einer Überpariemission auch das Aufgeld (Agio) eingezahlt sein (§ 195 Abs. 3 HGB.). Die baldige Volleinzahlung des Grundkapitals soll dadurch erzielt werden, daß vor der vollen Leistung des Ausgabepreises Aktien nicht auf den Inhaber gestellt werden dürfen (§ 179 Abs. 3 HGB.).

Ist die zahlenmäßig festgelegte Einlage erbracht, so kann der Aktionär zu keiner weiteren Leistung mehr verpflichtet werden. Die Gesellschaft kann von ihm weder Nachschußleistungen fordern, noch muß er persönlich den Gläubigern der Gesellschaft für die Gesellschaftsschulden haften. Er ist auch nicht verpflichtet, sich an der Leitung des Unternehmens oder sonst in irgendeiner Weise an dessen Arbeiten zu beteiligen.

Neben den Bargründungen läßt § 186 Abs. 2 HGB. sog. qualifizierte Gründungen zu.

Bei einer Übernahmegründung erwirbt die Aktiengesellschaft vorhandene oder herzustellende Anlagen oder sonstige Vermögensgegenstände, gewöhnlich durch Kauf, von einem Dritten, der aber nicht Gründer ist oder doch nicht in Erfüllung seiner Einlagepflicht den Übernahmegegenstand einbringt. Die meisten Aktiengesellschaften werden durch Umgestaltung eines bestehenden Unternehmens in eine Aktiengesellschaft gegründet.

Eine qualifizierte Gründung ist auch in der Weise möglich, daß die Gesellschaftsmitglieder Sacheinlagen (Apports), d. h. andere als Bareinlagen, einbringen. Das Gesetz bezeichnet diese Aktionäre ebenfalls als Gründer (§ 187 HGB.). Da das Gesetz ganz allgemein „Einlagen, die nicht durch Barzahlung zu leisten sind" gestattet, wird im Schrifttum vereinzelt die Ansicht vertreten, auch Dienstleistungen könnten den Gegenstand einer Sacheinlage bilden.

§ 16.

Die Unzulässigkeit von Diensteinlagen auf das Grundkapital.

Die Ansicht, auch bei der Aktiengesellschaft seien Dienste als Einlagen zulässig, wird von ihren Vertretern in umfassender und verschiedenartiger Weise begründet.

So führt z. B. Goldmann[1]) aus, die Arbeitsleistung sei geeignet, den Gegenstand des von dem Gesellschafter der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft wie auch den Gegenstand des von dem Gesellschafter der Offenen Handelsgesellschaft zu leistenden Beitrags zu bilden; auch die Arbeitskraft des Aktionärs müsse als Gegenstand seiner Einlage zulässig sein, da das Gesetz ohne Einschränkung von „Einlagen, die nicht durch Barzahlung zu leisten sind", spreche.

Cosack[2]) nimmt an, daß der Aktionär seiner Einlagepflicht genügt hat, wenn er sich statt jeder weiteren Einlage zu einer Leistung

[1]) Anm. 10 zu § 186 S. 809.
[2]) § 213 II S. 590.

an die Gesellschaft verpflichtet, also zugunsten der Gesellschaft eine Forderung gegen sich begründet hat. Daher könne der Aktionär auch seine eigenen Dienstleistungen einbringen, er könne sich statt jeder anderen Einlage auch zur Leistung von Diensten verpflichten[3]).

Dieser Meinung stimmen zu Rudorff[4]), Brand[5]), Renaud[6]) und Rehm[7]). Die beiden letzten Schriftsteller weisen darauf hin, daß das ausländische Gesellschaftsrecht[8]) die Einlage von Diensten auf Aktien zulasse und demgemäß zwischen Industrie- oder Fleißaktien (actions industrielles, azioni industriali), deren Betrag durch Dienste in das Gesellschaftsvermögen einzuwerfen, und Kapitalaktien (actions de capital) unterscheide, deren Betrag in Geld oder in anderen Sachleistungen zu erlegen sei. Die romanische, englische und amerikanische Jurisprudenz erkenne die actions industrielles im Prinzip auch an[9])[10]). Rehm insbesondere macht geltend, die Unterscheidung von Arbeits- und Kapitaleinlagen entspreche den Vorstellungen des kaufmännischen Denkens. Im täglichen Leben sei davon die Rede, daß der eine Gesellschafter Kapital, der andere seine Arbeitskraft einlege. Die

---

[3]) Cosack hat freilich in der 8. Aufl. seinen Standpunkt aufgegeben.
[4]) Zu § 186 S. 132.
[5]) Anm. 3 d zu § 186.
[6]) Aktiengesellschaft S. 673 ff.
[7]) S. 12 ff.
[8]) Vgl. die bis in die jüngste Zeit reichende Übersicht bei Hallstein S. 150 ff.
[9]) Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften Bd. 1 S. 217, 194: Lehrb. § 73.
[10]) In Frankreich gestattet das Gesetz über die Sociétés anonymes à participation ouvrière vom 26. April 1917 die Ausgabe von actions de travail ohne Kapitaleinlage. Die Arbeitsaktien gehen nicht, wie in der Regel die Kapitalaktien (actions de capital), in das Eigentum von Einzelpersonen über, sondern stehen im Gesamteigentum der (jeweiligen) Arbeiterschaft des Unternehmens, die in einer besonderen Rechtspersönlichkeit (société commerciale coopérative de main d'œuvre) zusammengefaßt wird. Sie geben, freilich erst nach vorzugsweiser Berücksichtigung der Kapitalaktien, einen Anspruch auf einen Anteil am Reingewinn, dessen Höhe durch das Statut festzusetzen ist. Auf die einzelnen Arbeitnehmer wird der Gewinnanteil durch die „Arbeitsgenossenschaft" verteilt. Diese auch, nicht der einzelne Arbeitnehmer, hat Sitz und Stimme in der Generalversammlung. Ausgeübt wird das Recht durch Vertreter, die die Mitglieder der Arbeitsgenossenschaft wählen. Auf Grund ihres Besitzes an Arbeitsaktien sollen die Arbeitnehmer auch im Verwaltungsrat (conseil d'administration) vertreten sein. Bei der Auflösung der Gesellschaft ist zunächst der auf die Kapitalaktien gezahlte Betrag zurückzuerstatten. Der danach statutengemäß auf die Arbeitsaktien entfallende Anteil am Liquidationserlös wird durch die Arbeitsgenossenschaft an die Arbeitnehmer ausgezahlt, die längere Zeit in dem Unternehmen beschäftigt waren. Die praktische Bedeutung des Gesetzes (über das im einzelnen Passow a. a. O. S. 297 ff. unterrichtet; vgl. auch Hallstein S. 102 f.) ist übrigens gering gewesen.

gleiche gesetzliche Möglichkeit dürfe auch für das deutsche Recht angenommen werden, denn die Gesetzgebung pflege sich den Vorstellungen der Kreise anzuschließen, für deren Bedürfnisse sie Rechtsnormen schaffe. Die Einlagefähigkeit von Diensten wäre nur dann zu verneinen, wenn ihr ausdrückliche Gesetzesbestimmungen entgegenständen. Der Zulassung von Diensteinlagen widerspreche auch nicht die Natur der Aktiengesellschaft als Kapitalgesellschaft. Denn die rein kapitalistische Natur der Aktiengesellschaft sei durchbrochen, seitdem den Aktionären durch das Statut auch die Verpflichtung zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen auferlegt werden könne. Der gegen die Diensteinlagen erhobene Einwand, § 186 HGB. bezeichne als das Einzulegende nur Vermögensgegenstände, wie aus der Wendung „und sonstige Vermögensgegenstände" hervorgehe, die Arbeitskraft aber stelle keinen Vermögensgegenstand dar, sei nicht stichhaltig. Vermögensgegenstand sei ein jedes Recht auf Leistung von Vermögenswerten, und ein solches Recht liege bei Einschuß von Dienstleistungen vor. Der Einschießende lege nicht seine Arbeitskraft, sondern seine Dienstleistungspflicht, einen Anspruch gegen sich selbst, ein. Da der Aktionär damit tatsächlich etwas geleistet habe, nämlich den Anspruch auf seine Dienste, so scheitere die Annahme der Zulässigkeit von Dienstleistungen auch nicht an dem Einlagebegriff, der, im Gegensatz zu dem Begriff des Beitrags, immer eine wirklich erbrachte Leistung bezeichne.

Dieser Begründung, so überzeugend sie auch erscheinen mag, wird man sich nicht anschließen können. Die Ansicht, daß Dienstleistungen auch bei der Aktiengesellschaft einlagefähig seien, ist vielmehr in Übereinstimmung mit der feststehenden Rechtsprechung, insbesondere des Reichsgerichts, und der im Schrifttum herrschenden Meinung abzulehnen, weil sie dem Sinn des Gesetzes nicht entspricht.

Das Gesetz selbst schweigt darüber, was Gegenstand einer Sacheinlage sein kann. Für die Auslegung dieses Begriffes sind daher zunächst die Motive zum Aktiengesetz von 1884 heranzuziehen. Sie geben ein Kriterium mehr kaufmännisch-technischer als juristischer Art[11]), indem sie „jeden Wertgegenstand, der als Aktivum in die Bilanz aufgenommen werden kann" als einlagefähig bezeichnen[12]). Für die Richtigkeit dieser Abgrenzung spricht die Erwägung, daß die Bilanz nach Einbringung des Grundkapitals dessen Gegenwert auf der Aktivseite aufweisen muß[13]). Der Begriff der Sacheinlage ist hiernach wirtschaftlicher Natur; seine Grenze wird jedoch, wie Fischer[14]) betont,

[11]) Brodmann Anm. 5c zu § 186 S. 60.
[12]) Bd. I S. 97, 151.
[13]) Schreiber S. 51.
[14]) S. 123.

nicht von der Lehre der Volkswirtschaft, sondern durch die Sitte und Anschauung der Kaufleute bestimmt, die beide wandelbar sind. Einlage kann demnach alles sein, was dem Rechtssubjekt als Gegenstand des Erwerbes gegenübersteht, hierzu gehört weder Körperlichkeit noch Eigentumsfähigkeit[15]), sondern lediglich Verkehrsfähigkeit, vor allem Übertragbarkeit. Außer körperlichen Sachen kommen als Einlagegegenstände auch Rechte aller Art in Betracht, z. B. Forderungsrechte, Aktienrechte an anderen Gesellschaften, dingliche Rechte, Anteile an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, immaterielle Güter, sofern sie in den Rechtsverkehr einbezogen werden können, wie Urheberrechte, Patentrechte (aber nicht für Erfindungen, die noch gemacht werden sollen), Firmenrechte (jedoch nur in Verbindung mit dem Geschäft)[16]), schließlich rein wirtschaftliche Güter, wie z. B. Fabrikationsgeheimnisse, Beziehungen zu Kunden, Konzessionen. Der Aktionär kann auch eine Forderung, die ihm gegen die Gesellschaft zusteht, einbringen; in diesem Falle wird gegen seine Forderung die Forderung der Gesellschaft auf Zahlung des Aktienbetrages aufgerechnet[17]). Daß die Einlage schon vor ihrer Einbringung ein Bilanzaktivum, einen Vermögensgegenstand darstellen muß[18]), wird man nicht verlangen dürfen. Sie erfüllt ihren Zweck, als Teil des Gesellschaftsvermögens für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften, auch dann, wenn sie erst durch die Übertragung an die Gesellschaft, durch Abgabe des Einlageversprechens, einen Vermögenswert erlangt; sonst könnte z. B. die Einräumung eines Nutzungsrechtes an der Sache eines Gesellschafters nicht Einlagegegenstand sein[19]).

Dienstleistungen als Einlagen sind jedoch ausgeschlossen. Es ist nicht zu verkennen, daß die Tätigkeit z. B. eines Arztes, eines Künstlers, eines Gelehrten für die Gesellschaft einen erheblichen Vermögenswert bedeuten kann, ja unter Umständen die Grundlage ist, auf der die Gründung der Gesellschaft geplant ist. Wie schon früher betont wurde, liegt der wirtschaftliche Wert von Diensten darin, daß durch ihre Leistung neue reelle Werte erzeugt, von den vorhandenen weniger verbraucht werden; sie tragen also dazu bei, daß die Betriebseinnahmen gesteigert, die Betriebsausgaben vermindert werden. Zuzugeben ist auch, daß Dienste mitunter schwieriger zu beschaffen sein werden als Sachkapital. Zweifelhaft ist aber schon, ob Dienstleistungen bilanzmäßig

---

[15]) Simon S. 166; Staub Anm. 6 zu § 186 S. 59.
[16]) RG. Bd. 74 S. 382.
[17]) Vgl. Kalisch S. 7.
[18]) So Staub Anm. 6 zu § 186 S. 59; Behrend § 107 Anm. 13; Böttger S. 16.
[19]) Ring S. 479.

als Aktivposten dargestellt werden können, wie Kalisch[20]) meint. In den Bilanzen der Einzelkaufleute wie auch der Personalgesellschaften pflegt die Arbeitskraft, selbst wenn sie zum Gegenstand der Einlage eines Gesellschafters gemacht worden ist, nicht bewertet zu werden. Wie Rehm[21]) zutreffend bemerkt, ist nicht jeder Gegenstand im Sinne des Bilanzrechts auch schlechthin bilanzfähig. In dieser Hinsicht sei zu unterscheiden zwischen Sachen und Forderungen, den reellen, greifbaren, materiellen Vermögensgegenständen und den übrigen ideellen immateriellen Vermögensgegenständen, zu denen Rechte, rein wirtschaftliche oder tatsächliche Güter zählten, wie z. B. Dienstleistungen, Gebrauchs- und Nutzungsbefugnisse bei Miete und Pacht. Nur die materiellen Vermögensgegenstände seien in die Bilanz einzustellen, weil sie, wie z. B. Sachen und Forderungen im Sinne des Bilanzrechts, den Wert, den sie darstellen, in sich trügen; die übrigen Vermögensgegenstände könnten nicht selbst in der Bilanz erscheinen, sondern nur die von ihnen hervorgebrachten reellen Werte. Schon auf Grund dieser Ausführungen ist die Bilanzfähigkeit von Dienstleistungen zu verneinen. Dazu kommt, daß bei Diensten ein Anschaffungs- und Herstellungspreis nicht vorhanden ist[22]), der gemäß § 261 HGB. in der Bilanz angesetzt werden muß; ebenso schreibt § 191 HGB. für den Fall einer qualifizierten Gründung vor, daß die Erwerbs- und Herstellungspreise der Sacheinlagen anzugeben sind.

Vor allem aber widerspricht der Zulassung von Diensteinlagen die durchaus kapitalistische Struktur der Aktiengesellschaft. Sie ist auch bei der Nebenleistungsaktiengesellschaft erkennbar: die „anderen Verpflichtungen" bestehen neben der Kapitaleinlage, die das Gesetz als Hauptleistung auffaßt, mag sie auch wirtschaftlich zurücktreten. Jeder Gesellschafter muß sich mit einer Einlage „auf das Grundkapital" beteiligen. Hierunter ist eine Beteiligung mit einem Kapitalbeitrag zu verstehen, denn, wie Makower[23]) mit Recht hervorhebt, sollte nach der Ansicht des Gesetzgebers die Aktiengesellschaft eine Unternehmungsform sein, die sich auf vorhandenes Kapital stützt. Wesentlich also ist für die Aktiengesellschaft, daß sich die gesellschaftliche Beteiligung, die in der Aktie ihren Ausdruck findet, in bezug auf die gesellschaftliche Beitragspflicht in dem festbestimmten Beitrage zum

---

[20]) S. 8; vgl. auch Hase S. 32; Steffens S. 56; Berliner §§ 44, 46. And. M. Lehmann Bd. 2 Anm. 3 zu § 186 S. 22: „Arbeitskraft und Arbeitspflicht sind nicht Gegenstände und nicht als Bilanzaktiva bewertbar"; Simon S. 173; Leitner Bd. 2.

[21]) S. 14 ff.

[22]) Staub Anm. 6 zu § 186 S. 59; Böttger S. 16.

[23]) Anm. III zu § 178 S. 449, vgl. auch Anm. 6c zu § 278.

Grundkapital erschöpft[24]). Bei der Offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft können die Gesellschaftsmitglieder dem inneren Verhältnis einen beliebigen Inhalt geben, der im Vergleich zu dem, was der Haftung nach außen entspräche, und was in den ergänzenden und vermittelnden Rechtssätzen des Gesetzes über das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander zum Ausdruck kommt, eigenartig gestaltet sein kann. Das Bestehen dieser gesetzlichen Möglichkeit darf nicht zu der Folgerung führen, daß man unter einer Aktiengesellschaft jede körperschaftlich organisierte Verbandsform zu verstehen hat, bei der die gesellschaftlichen Leistungen einen beliebigen Inhalt haben können, sofern nur als Haftungsobjekt nach außen lediglich ein bestimmtes Kapital besteht, das durch Kapitalbeiträge von festgesetzter Höhe gebildet ist. Eine solche Auffassung würde dem Begriff der Aktiengesellschaft nicht gerecht, weder nach seiner wirtschaftlichen Bedeutung und geschichtlichen Entwicklung, noch nach der vom Gesetz selbst der Gesellschaft aufgeprägten Struktur. Ein Unternehmerverband, dessen Haftungsobjekt ausschließlich ein Haftungskapital von bestimmter Höhe ist, stellt noch keine Aktiengesellschaft dar. Nicht umsonst wird in § 178 HGB. gesagt, daß das Grundkapital in Aktien zerlegt ist. Damit soll offenbar ein Begriffsmerkmal der Aktiengesellschaft festgestellt werden. Berücksichtigt man, daß bei dieser Verbandsform die Mitglieder eben nichts anderes als Aktionäre sind, daß mit der Übertragung des Aktienrechts die Mitgliedschaft übertragen wird, daß die Übertragung nach sachenrechtlichen Grundsätzen erfolgt, daß für die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte, das Mitverwaltungsrecht und das Recht auf den Gewinnanteil die Höhe des von dem Aktionär übernommenen Aktienbetrages maßgebend ist, daß endlich die Mitgliedschaft sich in der Aktienurkunde verkörpert, so kann die erwähnte Vorschrift nur bedeuten, daß eben nur das Grundkapital in die Teile zerlegt werden kann, die Aktien genannt werden, und die die Mitgliedschaft darstellen. Demnach beschränkt sich die Mitgliedschaft in bezug auf die in ihr enthaltene gesellschaftliche Beitragspflicht auf die bestimmte Anteilsleistung zum Grundkapital und erschöpft sich in ihr. In der Hingabe eines bestimmten Kapitalanteils aber äußert sich die Abstraktheit des Leistungsinhalts, auf der die Abstraktheit der Mitgliedschaften ruht, und diese Abstraktheit läßt die Aktiengesellschaft auf den Wechsel ihrer Mitglieder angelegt erscheinen. Diese Eigenschaften, die Abstraktheit der Beitragspflicht und die Unabhängigkeit von dem Wechsel der Mitglieder, die auch in dem Wertpapiercharakter der Aktienurkunde zum Ausdruck kommt, sind dem

[24]) RG. Bd. 21 S. 156 ff.

Rechtsinstitut eigentümlich. Trotz gewisser Abschwächungen, die sie vermöge besonderer Festsetzungen im Gesellschaftsvertrag erfahren können, und die sie in den Fällen, wo das Gesetz selbst die Genehmigung der Gesellschaft zur wirksamen Übertragung der Mitgliedschaft erfordert (so bei den vinkulierten Namensaktien, § 180 Abs. 3 HGB.), tatsächlich erfahren, werden sie ihre Bedeutung niemals ganz verlieren.

Gerade die Abstraktheit der gesellschaftlichen Leistungspflicht widerspricht der Zulassung von Diensteinlagen auf das Grundkapital, denn die Dienstleistungspflicht ist immer konkret an eine bestimmte Person gebunden.

Hinzu kommt ferner, daß die Verpflichtung zur Arbeitsleistung keine einmalige ist. Die Arbeitsleistung erfolgt nicht in einem Zeitpunkt, sondern in einem Zeitraum, der sich mitunter auf viele Jahre erstrecken kann, sie ist zeitgebunden. Die Dienstverpflichtung gehört daher zu den Dauerverpflichtungen, sie hat eine Vielheit von Leistungen zum Gegenstande, die im Rahmen der ebenfalls auf eine gewisse Dauer angelegten Rechtsbeziehung der Gesellschaft zu bewirken sind. Aus dem Dauercharakter der Dienstverpflichtung ergeben sich Schwierigkeiten bei der Bewertung der Diensteinlagen gegenüber den Kapitaleinlagen. Während diese, als bereits geleistete Werte, leicht umsetzbar sind und sich, sofern sie nicht schon in Geld bestehen, im allgemeinen unschwer in Ziffern ausdrücken lassen, ist bei der Feststellung des Wertes jener das Zeitmoment einzurechnen: der Wert der für die Gesellschaft geleisteten Dienste ergibt sich erst nach Ablauf einer gewissen Zeit. Hierbei wird zu berücksichtigen sein, daß die Tätigkeit des Gesellschafters (möglicherweise lange vor Ablauf der vertragsmäßig vorgesehenen Frist) jäh abgebrochen werden kann, z. B. durch seinen plötzlichen Tod oder durch Verfall in Geisteskrankheit, und daß seine körperliche Leistungsfähigkeit sich im Laufe der Zeit, sei es durch Krankheit oder infolge des zunehmenden Alters, verändert und den Wert seiner Dienste mindert, ganz abgesehen davon, daß es an und für sich recht schwierig sein kann, den Geldwert der Fähigkeiten eines Menschen zu schätzen. Gerade die Notwendigkeit, das Zeitmoment als Rechnungsfaktor einzustellen, bedingt eine erhebliche Unsicherheit bei der Wertfeststellung, die bei den Kapitaleinlagen meist nicht gegeben und nicht vereinbar ist mit den für Sacheinlagen geltenden Bewertungsvorschriften des Aktienrechts (§§ 186, 261 HGB.).

Für den Ausschluß von Arbeitseinlagen sprechen endlich auch praktische Gründe. Bei grundsätzlicher Zulassung von Diensten als Einlagen wäre theoretisch der (in der Rechtswirklichkeit kaum vorkommende) Fall denkbar, daß sämtliche Aktien gegen die Einbringung von Dienstleistungsansprüchen gewährt werden. Tritt eine so

gebildete Gesellschaft bald nach ihrer Entstehung, z. B. weil ihre Nichtigkeit geltend gemacht wurde, in Liquidation, so haften für die Verbindlichkeiten lediglich die Ansprüche der Aktionäre gegen sich selbst auf die Zurverfügungstellung ihrer Arbeitskraft. Diese Ansprüche sind aber für die Gesellschaftsgläubiger wertlos, weil sie wegen des fehlenden Sachkapitals nicht in Geld umgesetzt werden können. Sie sind auch, falls die Gesellschafter die Erfüllung ihrer Dienstleistungspflicht verweigern und hierzu rechtskräftig verurteilt werden, im Wege der Zwangsvollstreckung nicht erzwingbar. (§ 888 Abs. 2 ZPO. verbietet zwar nur die Zwangsvollstreckung im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag, die Vorschrift wäre aber, ihrem Sinn entsprechend, analog anwendbar.) Der Fall, daß bei der Liquidation einer nur ganz kurze Zeit existent gewesenen Aktiengesellschaft für die Befriedigung der Gläubiger keine greifbaren Vermögenswerte vorhanden sind, kann freilich auch dann eintreten, wenn die Aktien nur gegen Leistung geldwerter Vermögensgegenstände, vielleicht sogar nur gegen Bareinlagen, ausgegeben worden sind, das dadurch aufgebrachte Grundkapital aber schon im Entwicklungsstadium der Gesellschaft zu Investitionen verbraucht worden ist. Eine solche Erscheinung läßt sich jedoch nicht vermeiden, wollte man die vorbereitende Tätigkeit der Gründer nicht illusorisch machen. Im Interesse der Gesellschaft müssen die Gründer unter Umständen solche Verträge eingehen, damit die Gesellschaft gleich im Zeitpunkt ihrer rechtlichen Entstehung aus ihnen berechtigt und verpflichtet wird.

Dienstleistungen als Einlagen sind demnach ausgeschlossen[25]), dauernde nicht minder wie einmalige, namentlich auch die Geschäftsführung für die Aktiengesellschaft. Eine Aktiengesellschaft liegt also nicht vor, wenn ein oder mehrere Gesellschafter ausschließlich mit Arbeitsleistungen beteiligt sind. Die Unverwendbarkeit von Diensteinlagen kann auch nicht dadurch umgangen werden, daß der Gesellschafter sich für seine Tätigkeit Lohn ausbedingt und diese Lohnforderung einbringt, daß die Vergütung für eine in Diensten bestehende und von der Gesellschaft übernommene Sacheinlage auf eine Bareinlage angerechnet wird[26]). Unzulässig ist ebenso, daß Aktien für Dienste gegeben werden,

---

[25]) RG. Bd. 21 S. 156; RG. in LZ. 1914 S. 1396 Nr. 4; OLG. Bd. 32 S. 140; RJA. Bd. 12 S. 58; Staub Anm. 6 zu § 186 S. 59; Makower Anm. III zu § 178 S. 449; Behrend § 107 Anm. 13; Simon S. 173; Wieland S. 496 Anm. 20; Lehmann, Lehrb. S. 139 Anm. 4; Brodmann, Aktienrecht Anm. 5c zu § 186 S. 60; Ring-Schachian S. 19; Noppel S. 9; Kalisch S. 9; Böttger S. 16; Fischer in Ehrenbergs Handb. 3. Bd. 1. Abt. S. 123; Müller-Erzbach S. 256.

[26]) RG. bei Holdheim Bd. 24 S. 224; Lehmann-Ring Anm. 3 zu § 186 S. 22.

die bei der Vorbereitung der Gründung geleistet wurden[27]), es bleibt jedoch den Gründern unbenommen, von den Aktien, die sie erhalten haben, einen Teil an dritte Personen als Entgelt für bei der Gründung geleistete Dienste weiterzugeben. Dieses Geschäft geht die Aktiengesellschaft nichts an und hat mit der Frage der Zulässigkeit von Diensteinlagen (der Gesellschaftsmitglieder, Aktionäre) nichts zu tun.

Wenngleich der Aktionär seine eigenen Dienste nicht zum Gegenstande seiner Einlage machen kann, so stehen doch der Einbringung eines Dienstvertragsverhältnisses in seiner Gesamtheit, mit Rechten und Pflichten, keine grundsätzlichen rechtlichen Bedenken entgegen, sofern — sei es nach der Natur des Vertrages, sei es kraft besonderer Gestattung des anderen Teiles — die Pflichten nicht an eine bestimmte Person geknüpft sind. Freilich könnte man hier einwenden, der dem Aktionär gegen einen Dritten zustehende Anspruch auf Dienstleistung sei ebensowenig erzwingbar wie die von ihm selbst übernommene Dienstverpflichtung. Aber dieser Einwand versagt. Die Einbringung eines Dienstvertragsverhältnisses ist, wie ausdrücklich betont werden muß, nur dann gestattet, wenn die Dienstleistungspflicht nicht mit einer bestimmten Person, und ausschließlich mit dieser, verbunden ist. Ist dies aber der Fall, entbehrt die Verbindlichkeit der individuellen Note, so sind die Dienste „vertretbar", der Anspruch auf sie ist frei übertragbar wie irgendein anderer schuldrechtlicher Anspruch, und es ist gleichgültig, ob ihre Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung herbeigeführt werden kann oder nicht, ebenso ist das Unmöglichwerden der Erfüllung seitens des Dienstverpflichteten ohne Einfluß. Denn: weigert sich der Dienstschuldner, oder ist er zur Leistung außerstande, so kann ein anderer an seine Stelle treten und den Vertrag erfüllen. Ein Anspruch auf Dienste, der dem Gründer gegen einen Dritten zusteht, kann also als Einlage in Frage kommen. Nur muß der Anspruch, wie immer, wenn eine Forderung eingebracht wird, rechtlich begründet und bereits entstanden sein oder spätestens mit der Eintragung der Aktiengesellschaft entstehen[28]), ebenso muß die Übertragbarkeit des Anspruchs, die im Zweifel nicht anzunehmen ist, § 613 BGB., vereinbart sein. Ein bloßes Vertragsangebot wäre nur dann als Einlage geeignet, wenn es dem Einbringenden fest an die Hand gegeben ist[29]). Denn aus dem Angebot erwächst dem Antragsempfänger ein übertragbares Recht grundsätzlich nicht. Die Bindung des Antragenden (§ 145 BGB.) hat nur zur Folge, daß durch die rechtzeitige Annahme Rechte und Pflichten

---

[27]) RG. in LZ. 1914 S. 1369.
[28]) KGJ. Bd. 38 S. 168; OLG. (KG.) Bd. 27 S. 363.
[29]) KG. im Recht 1913 Nr. 263.

entstehen können. Bis zur Annahme besteht nur eine Rechtslage, aus der sich Ansprüche entwickeln können. Durch das Angebot allein wird ein für den Rechtsverkehr in Betracht kommender Wert noch nicht geschaffen. Eine andere Beurteilung wäre nur dann zulässig, wenn der Antragende es dem Antragsempfänger gestattet, eine andere Person zu ermächtigen, statt seiner das Angebot anzunehmen, so daß der Antragsempfänger imstande ist, die Erteilung dieser Ermächtigung nach seinem Belieben vorzunehmen. Aber selbst in diesem Falle wäre die Einlagefähigkeit dadurch bedingt, daß die Annahmefrist noch nicht abgelaufen ist.

Unter den gleichen Voraussetzungen, die für die Einbringung eines Dienstvertragsverhältnisses gelten, kann ein Werkvertrag Gegenstand einer Sacheinlage sein, wenn das herzustellende Werk selbst sich hierfür eignet[30]). Freilich wird der wirtschaftliche Inhalt einer solchen Beitragsleistung deutlicher zum Ausdruck gebracht, wenn man das Werk selbst als Gegenstand der Sacheinlage betrachtet.

Nach geltendem Recht können somit bei der Aktiengesellschaft Dienste nicht Sacheinlagen sein. De lege ferenda könnte ihre Einlagefähigkeit etwa dadurch erzielt werden, daß die Ausgabe von Aktien mit alternativem Leistungsinhalt gestattet wird, bei denen primär die genau umschriebene Verpflichtung zur Leistung von Diensten, sekundär, bei Nichterfüllung jener Verpflichtung, die Erlegung eines sofort in Geld umsetzbaren Vermögensgegenstandes ist. Freilich dürfte der Gesamtbetrag dieser „Fleißaktien" nur einen Teil des Grundkapitals, etwa ein Viertel erreichen, damit das für die Aktiengesellschaft notwendige kapitalistische Fundament und zugleich eine Basis für die Dienstleistungen der Aktionäre gesichert wird; die Aktien müßten ferner auf den Namen lauten und nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden können. Diese gesetzliche Möglichkeit zu schaffen, dürfte vielleicht zu den Aufgaben der künftigen Aktiengesetzgebung gehören. Voraussetzung wäre allerdings, daß das streng kapitalistische Gefüge der Aktiengesellschaft im allgemeinen gelockert würde.

IV. Dienste als Einlagen bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien.

§ 17.

Die Struktur der Kommanditgesellschaft auf Aktien.

Eine der Aktiengesellschaft nahestehende Verbandsform ist die Kommanditgesellschaft auf Aktien. Bei ihr haftet, wie das Gesetz in

[30]) Zurückhaltend RG. in JW. 1901 S. 146 Nr. 19.

§ 320 Abs. 1 HGB. bestimmt, mindestens ein Gesellschafter, der sog. persönlich haftende Gesellschafter oder Komplementar, im Geschäftsleben auch Geschäftsinhaber oder Inhaber genannt, den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt, also wie ein Komplementar der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft; die übrigen Gesellschafter (Kommanditisten) dagegen beteiligen sich mit Einlagen auf das Grundkapital, das in Aktien zerlegt ist, eine Haftung der Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ist, im Gegensatz zu der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft, nicht vorgesehen.

Der Zusammenhang zwischen Leitung und Haftung, zwischen Herrschaft und Verantwortung, der bei der Aktiengesellschaft fehlt, wird bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien wiederhergestellt. Sie ist demnach eine Übergangserscheinung zur Kommanditgesellschaft hin, aber keine Kommanditgesellschaft, weil sie nicht das charakteristische Begriffsmerkmal der Haftung aller Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern aufweist. Die sog. Kommanditisten sind infolgedessen keine Kommanditisten im Sinne des § 161 Abs. 1 HGB., sie beteiligen sich vielmehr „mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital", also in der gleichen Weise wie die Aktionäre einer Aktiengesellschaft. Dadurch wird jedoch die Kommanditgesellschaft auf Aktien keine Aktiengesellschaft, wenngleich das Gesetz wegen dieser Ähnlichkeit die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Aktiengesellschaft anordnet (§ 320 Abs. 3 HGB.). Die Kommanditgesellschaft auf Aktien vereinigt in sich die Elemente zweier Verbandsformen: von der Kommanditgesellschaft die unbeschränkt haftenden Gesellschafter, von der Aktiengesellschaft die aktionärartige Beteiligung der Kommanditisten. Aber sie ist weder eine Kommanditgesellschaft noch eine Aktiengesellschaft noch eine Abart einer dieser beiden Unternehmungsformen, sondern eine Gesellschaft eigener Art[1]).

§ 18.

Die Vorschriften über die Einlagen der Gesellschaftsmitglieder.

Das Gesetz enthält in den §§ 320 ff. HGB. über den Gegenstand der Einlagen der Gesellschafter keine Bestimmungen. Es läßt lediglich, wie bei der Aktiengesellschaft, andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen zu und bezeichnet die Gesellschafter, die solche Einlagen machen, als die Gründer der Gesellschaft (§ 321 HGB.), ohne aber

[1]) Vgl. hierzu Schreiber a. a. O. S. 5 ff., 38, 39; Staub Anm. 1 zu § 320 S. 629; abw. RGSt. Bd. 37 S. 415.

den Begriff der Sacheinlage gegenständlich zu begrenzen. Für die Auslegung sind daher die Vorschriften über die Aktiengesellschaft ergänzend heranzuziehen.

Eine Vermögenseinlage des persönlich haftenden Gesellschafters, die nach früherem Recht zwingend vorgeschrieben war[1]), ist nach dem geltenden Handelsgesetzbuch nicht erforderlich. Die notwendige vermögensrechtliche Beteiligung des Komplementars besteht in der Übernahme der persönlichen unbeschränkten Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft; im übrigen braucht er weder auf das Kommanditkapital noch sonst eine Vermögenseinlage zu leisten. Er darf aber nach beiden Richtungen beteiligt sein. Ist dies der Fall, so ist seine Beteiligung nicht auf die Einlage beschränkt, er haftet weiter mit seinem ganzen Vermögen, nicht nur mit der Einlage[2]).

Die übrigen Gesellschafter (Kommanditisten) sind mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital beteiligt. Sie haften nicht persönlich für die Gesellschaftsschulden, auch nicht vor Leistung der Einlage, die nur die Gesellschaft, nicht aber die Gläubiger, fordern können. Die Summe der Kommanditeinlagen bildet das Grundkapital der Gesellschaft. Auf die auf Grund der Einlagen erworbenen Anteilsrechte, die Aktien, finden gemäß § 320 Abs. 3 HGB. die Vorschriften über die Aktiengesellschaft Anwendung, so insbesondere die §§ 179, 183 HGB., wonach die Aktien unteilbar sind, auf den Inhaber oder auf den Namen lauten können, die §§ 180, 184, 209 Abs. 2 HGB., die Mindestgrenzen gemäß der Verordnung über Goldbilanzen vom 28. Dezember 1923 vorsehen und die Ausgabe unter dem Nennwert sowie vor der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister verbieten, und § 185 HGB., wonach Aktiengattungen mit verschiedener Berechtigung ausgegeben werden können.

Die Summe der Kommanditeinlagen ist für die Gläubiger die Kreditbasis der Gesellschaft. Die Erhaltung des Grundkapitals auf der vertraglich festgesetzten Höhe macht das Gesetz den Gesellschaftsorganen zur Pflicht und sichert sie durch eine Reihe von Vorschriften. Dagegen fehlen Bestimmungen, die auf die möglichste Erhaltung der Vermögenseinlagen der Komplementare abzielen. Ihre Einlagebeteiligung ist von Gesetzes wegen nicht notwendig; vielmehr bildet ihre unbeschränkte Haftung in Verbindung mit dem Kommanditistenkapital die Kreditgrundlage, die den Gesellschaftsgläubigern zugesichert wird.

---

[1]) Vgl. Art. 174a, 180h Abs. 3 ADHGB.
[2]) Vgl. Goldmann Anm. 1 zu § 320 S. 1269.

§ 19.

Einlagen der persönlich haftenden Gesellschafter, die nicht auf das Grundkapital erfolgen, können in Diensten bestehen. Als Sacheinlagen der Kommanditisten auf das Grundkapital sind Dienste nicht zulässig.

Die Beantwortung der Frage, ob der persönlich haftende Gesellschafter Dienste zum Gegenstande seiner Einlage machen kann, hängt davon ab, ob die Einlage auf das Grundkapital erfolgt oder ihr Gegenwert nicht durch Aktien vergütet, sondern auf Einlagekonto gutgeschrieben wird. Das Gesetz sieht, wie sich aus § 322 Abs. 2 HGB. ergibt, beide Arten der Beteiligung vor.

Wenn der Komplementar Aktien zeichnet, so kommt er nicht nur als persönlich haftender Gesellschafter in Betracht, sondern zugleich als Aktionär (wenn auch ohne Stimmrecht in der Generalversammlung, § 327 Abs. 1 HGB.). Der Gegenstand seiner Einlage bestimmt sich daher nach aktienrechtlichen Vorschriften. Es muß sich um einen Vermögenswert handeln, der als Aktivposten in der Bilanz erscheinen kann; Dienstleistungen sind, den oben[1]) für die Aktiengesellschaft entwickelten Grundsätzen entsprechend, als Einlagen ausgeschlossen, selbst unter Berücksichtigung des Umstandes, daß der persönlich haftende Gesellschafter kraft seiner Stellung besonders mit dem Unternehmen verbunden ist, die Beteiligung bleibt vielmehr rein kapitalistisch.

Für den Fall, daß der Inhaber eine Einlage außerhalb des Grundkapitals leistet, enthält das Gesetz als einzige unmittelbar zutreffende Bestimmung den Satz des § 322 Abs. 2 HGB., daß solche Einlagen nach Höhe und Art im Gesellschaftsvertrage festzusetzen sind. Die Frage, welcher Art derartige Einlagen sein können, wird nicht entschieden.

Im Schrifttum wird hierzu selten Stellung genommen. Schreiber[2]) vertritt die Ansicht, daß auch zu Einlagen, die nicht auf das Grundkapital erfolgen, durch die Inhaber nur solche Gegenstände verwertet werden können, die zu Einlagen auf Aktien geeignet sind. Demnach kämen nur bilanzfähige Werte in Frage, Dienstleistungen wären ausgeschlossen. Diese Meinung wird mit einer Reihe von gewichtigen Argumenten begründet. Das Aktienrecht sei deutlich bemüht, der Aktiengesellschaft den vollen bilanzmäßigen Ausgleich des

---

[1]) Vgl. S. 50 ff. der Arbeit.
[2]) S. 52; vgl. auch Staub Anm. 2 zu § 322 S. 650.

Aktienkapitals durch die Einlagen der Aktionäre zu sichern (vgl. §§ 184 Abs. 1, 186 Abs. 2, 187, 191, 192—194, 202—206, 207, 208, 313 Ziff. 1, 2 HGB.), alle diese Bestimmungen gelten auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien, und es sei unwahrscheinlich, daß dieser Grundsatz für die Einlagen der Inhaber verlassen werden solle. Es entspreche noch weniger dem Sinn des Gesetzes, daß man durch die Zulassung nicht bilanzfähiger Werte ein Loch aufmache, durch das ein großer Teil des Aktienkapitals zunächst in die Taschen der Inhaber fließen könne. § 322 Abs. 2 HGB. spreche nicht von „Einlagen" der Inhaber, sondern von „Vermögenseinlagen"; dieser Ausdruck verweise auf § 39 HGB., dessen Vermögensbegriff sich in bilanzfähigen Vermögensgegenständen erschöpfe. Endlich würden in § 322 HGB. die Einlagen auf das Grundkapital und diejenigen außerhalb desselben vollkommen auf gleicher Stufe behandelt.

Diesen Ausführungen, so überzeugend begründet sie erscheinen mögen, wird man sich nicht anschließen können. Gemäß § 320 Abs. 2 HGB. gilt für das Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter in weitem Umfange das Recht der Kommanditgesellschaft. Ebenso wie das Gesetz in § 320 HGB. die Befugnis zur Vertretung in die dort aufgestellten Rubriken bringt, gelten auch für die Beiträge die für die Kommanditgesellschaft bestehenden Vorschriften, die ihrerseits auf die Bestimmungen über die Offene Handelsgesellschaft zurückverweisen (§§ 161 Abs. 2, 163 HGB.)[3]). Da eine Einlage des persönlich haftenden Gesellschafters von Gesetzes wegen nicht notwendig ist, da er nach außen hin für die Gesellschaftsverbindlichkeiten unbeschränkt haftet, seine Einlage also nicht die Bedeutung einer Haftsumme hat, muß es ihm freistehen, zum Gegenstand seiner Beitragspflicht nach innen auch nicht bilanzfähige Vermögenswerte zu machen. Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht ein naheliegender Vergleich mit der Stellung des Kommanditisten bei der einfachen Kommanditgesellschaft. Seine Einlagepflicht nach innen kann beliebig gestaltet sein, seine Haftung nach außen dagegen muß immer in einer bestimmten Geldsumme zum Ausdruck kommen, Einlagebetrag und Haftsumme brauchen sich nicht zu decken. Das gleiche gilt für den Inhaber der Kommanditgesellschaft auf Aktien. Auch er kann im Innenverhältnis, der Gesellschaft gegenüber, seiner Beitragspflicht einen beliebigen Inhalt geben, nach außen hin haftet er unbeschränkt. Er gleicht in dieser Hinsicht einem Kommanditisten, bei dem Einlagebetrag und Haftsumme nicht übereinstimmen. Ein Unterschied ergibt sich lediglich insofern, als die Haftsumme des Kommanditisten ziffernmäßig begrenzt und aus der Ein-

[3]) Staub Anm. 47 zu § 320 S. 635.

tragung im Handelsregister ersichtlich ist, während die Haftsumme des Inhabers in der nicht festgestellten Ziffer ihren Ausdruck findet, die dem Werte seines gesamten Vermögens entspricht.

Die Annahme Schreibers, für die Auslegung des in § 322 HGB. gebrauchten Ausdrucks „Vermögenseinlage" sei § 39 HGB. maßgebend, dessen Vermögensbegriff sich offensichtlich in bilanzfähigen Vermögensgegenständen erschöpfe, kann nicht unwidersprochen bleiben. Wie bereits früher nachgewiesen wurde, ist „Einlage" im Handelsgesetzbuch kein technischer Ausdruck, auch die Variante dieses Begriffs, „Vermögenseinlage", wird untechnisch gebraucht. Die „Vermögenseinlage" des Kommanditisten (§ 161 HGB.) braucht keineswegs nur in bilanzmäßigen Werten zu bestehen[4]), das gleiche wird auch für die „Vermögenseinlage" des Stillen Gesellschafters (§ 355 HGB.) nachzuweisen sein. Aus der Wahl des Ausdrucks Vermögenseinlage in § 322 HGB. darf demnach die Ausschließung von nicht bilanzfähigen Werten nicht gefolgert werden.

Sie wird endlich auch nicht dadurch begründet, daß in § 322 HGB. die Einlagen auf das Kommanditkapital und diejenigen außerhalb desselben nicht unterschiedlich behandelt werden. Dieses Argument läßt sich ebensogut für die entgegengesetzte Meinung heranziehen. Der Umstand, daß das Gesetz die Einlagen auf das Grundkapital den Einlagen außerhalb desselben gleichstellt, ohne bei den letzteren hinsichtlich des Gegenstandes zu unterscheiden, berechtigt zu dem Schluß, daß eine Beschränkung auf bilanzmäßige Werte nicht stattfinden sollte.

Das Ergebnis ist also, daß zu Einlagen der Inhaber außerhalb des Grundkapitals auch solche Gegenstände verwendbar sind, die zu Einlagen auf Aktien nicht geeignet wären. Daher kommen auch nicht bilanzfähige Vermögensgegenstände, so auch die Dienste des Inhabers für die Gesellschaft, in Betracht. Die Zulassung der Arbeitskraft als Einlagegegenstand erscheint schon aus dem Grunde praktisch, weil der Inhaber kraft Gesetzes die Geschäfte der Gesellschaft zu führen hat, und wegen seiner unbeschränkten Haftung alles daransetzen wird, um seine Tätigkeit erfolgreich zu gestalten und durch sie der Gesellschaft Vermögenswerte zuzuführen, die seinem Einlagekonto gutgebracht werden.

In der Rechtswirklichkeit freilich pflegt der persönlich haftende Gesellschafter weder auf das Grundkapital noch sonst eine Einlage zu machen[5]).

---

[4]) Vgl. S. 41 der Arbeit.

[5]) Vgl. Staub Anm. 12 zu § 320 S. 631, Anm. 2 zu § 322 S. 650; Goldmann Anm. 1 zu § 320 S. 1269.

Die Kommanditisten können sich nur mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital beteiligen, eine andere Beteiligungsform ist vom Gesetz nicht vorgesehen. Für ihre Rechtsverhältnisse sind daher ausschließlich aktienrechtliche Regeln maßgebend. Ihre Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft werden gemäß § 211 HGB. durch den Nennbetrag oder durch den diesen Betrag übersteigenden Ausgabekurs der von ihnen übernommenen Aktien begrenzt; ihre Beteiligung erschöpft sich in der Leistung des Aktienbetrages. Eine Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern kann nur unter den Voraussetzungen des § 217 HGB. eintreten. Auch hinsichtlich ihrer Rechte am Gesellschaftsvermögen stehen die Kommanditisten durchaus den Aktionären der Aktiengesellschaft gleich. Eine Beteiligung mit Diensten stände daher mit dem in der Kommanditgesellschaft auf Aktien enthaltenen kapitalistischen Element nicht im Einklang. Die Arbeitskraft der Kommanditisten kann nicht Gegenstand einer Sacheinlage auf das Grundkapital sein; hier kommen ausschließlich bilanzfähige Vermögenswerte in Betracht. Im einzelnen muß auf die für die Aktiengesellschaft dargestellten Grundsätze verwiesen werden [6]).

V. Sind Dienste als Einlagen bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung zulässig?

§ 20.

Die Struktur der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Die durch das Gesetz vom 20. April 1892/28. Juni 1926 geschaffene Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die im Wirtschaftsleben ungemein häufig vertreten ist, lehnt sich an das Vorbild der Aktiengesellschaft an, ist aber einfacher organisiert.

Das Gesetz gibt keine Definition der Gesellschaft, wie sie im Handelsgesetzbuch für die einzelnen Verbandsformen zu finden ist [1]); ihre Struktur ergibt sich vielmehr auf Grund der einzelnen Bestimmungen, insbesondere über die Errichtung der Gesellschaft und die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung hat mit der Aktiengesellschaft den kapitalistischen Grundcharakter gemeinsam, das in Anteile zerlegte Stammkapital, auf das sich alle Gesellschafter mit Stamm-

---

[6]) Vgl. S. 50 ff. der Arbeit.
[1]) Vgl. die §§ 105, 161, 178, 320, 335 HGB.

einlagen beteiligen müssen (§ 3 Ziff. 3, 4, § 5 Abs. 1—3 GmbHG.). Die Gründungsvorschriften sehen daher die Festsetzung und Übernahme eines Stammkapitals von bestimmter Mindestgröße vor; ebenso wie bei der Aktiengesellschaft wird für die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals während des Bestehens der Gesellschaft Sorge getragen.

Das Stammkapital, d. h. der Gesamtbetrag der Stammeinlagen (§ 5 Abs. 2 GmbHG.), ist der einzige Haftungsstock für die Gläubiger. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet nur das Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG.), die einzelnen Gesellschafter sind gleich den Aktionären haftungsfrei. Im übrigen hat das Stammkapital die gleichen Funktionen wie das Grundkapital der Aktiengesellschaft; es dient dazu, das Unternehmen in Gang zu bringen und die Fortführung des Betriebes zu sichern. Das Stammkapital ist daher schon im Gründungsstadium aufzubringen (§ 3 Abs. 1 Ziff. 4, § 5 Abs. 3 Satz 3, § 7 Abs. 2, § 8 Abs. 1 Ziff. 3, § 19 Abs. 2 u. 3, § 20, §§ 21—25 GmbHG.).

Die Erhaltung des Stammkapitals wird zunächst wie bei der Aktiengesellschaft dadurch gesichert, daß gewisse Passivposten in die Jahresbilanz einzustellen sind (§ 42 GmbHG.), ferner aber, nicht wie bei der Aktiengesellschaft, durch einzelne bestimmte Auszahlungsverbote, bei deren Verletzung eine unmittelbare Haftung der Zahlungsempfänger für die Gesellschaftsschulden eintritt (vgl. die §§ 213—217 HGB.), sondern durch die allgemeine Anordnung, daß das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden darf (§ 30 Abs. 1 GmbHG.). Werden dieser Vorschrift zuwider Zahlungen geleistet, so ist nicht eine unmittelbare Haftung gegenüber den Gläubigern die Folge, sondern nur eine Rückerstattungspflicht, die aber durch eine anteilsmäßige Deckungspflicht für alle Gesellschafter von Bedeutung wird (§ 31 Abs. 3 GmbHG.).

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist demnach von demselben Haftungsgrundsatz wie die Aktiengesellschaft beherrscht: von einer persönlichen Haftung der Gesellschafter wird abgesehen. Das Gesetz hat die Gesellschaft grundsätzlich als Kapitalgesellschaft ausgebildet. Wenngleich die Haftungstrennung bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung noch schärfer durchgeführt ist als bei der Aktiengesellschaft, so ist doch durch die genannte Deckungspflicht die Gesellschaft nach innen stärker mit den einzelnen Gesellschaftern verbunden, als es bei der Aktiengesellschaft der Fall ist. Auch dadurch, daß die Gesellschaft die Möglichkeit hat, das Stammkapital nicht nur durch freiwillige Reserven, sondern auch durch Nachschußbeträge zu schützen, neben dem starren Grundkapital ein besonderes Nachschußkapital zu bilden, für dessen Rückzahlung die besonderen Bestimmungen des § 30 Abs. 2 GmbHG. gelten, nähert sie sich den Personalgesellschaften, deren

Kapital mit Rücksicht auf die persönliche Haftung der Mitglieder frei beweglich ist.

Entsprechend dem unverkennbaren kapitalistischen Grundelement der Gesellschaft ist auch die Mitgliedschaft kapitalistisch. Der Geschäftsanteil hat wie die Aktie grundsätzlich kapitalistischen Charakter; er wird regelmäßig nach der zugrundeliegenden Stammeinlage bezeichnet und ist wie die Aktie ein jederzeit verwertbares Vermögensrecht. In einigen Beziehungen dagegen ist er persönlicher ausgestaltet als die Aktie. Da bei der Gründung wie bei einer Kapitalserhöhung jeder Gesellschafter nur eine Stammeinlage übernehmen kann (§ 5 Abs. 2, § 55 Abs. 4 GmbHG.), werden die einzelnen Einlagen meist verschieden groß sein, auch fällt die für die Aktie charakteristische Fungibilität fort. Der Geschäftsanteil kann sich nicht in einem Wertpapier verkörpern, seine Abtretung kann nur in gerichtlicher oder notarieller Form erfolgen, außerdem von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht werden (§ 15 Abs. 2 und 4 GmbHG.); die Anteile sind daher nicht umlaufsfähig, können insbesondere nicht an der Börse gehandelt werden.

Die Mitgliedschaftsrechte, die Mitverwaltungs- und Kontrollrechte sowie das Recht auf einen Anteil am Reingewinn und am Liquidationserlös, zeigen deutlich kapitalistischen Einschlag. Die Beschlüsse der Gesellschafter ergehen in Versammlungen, welche Gesellschafter, die mindestens Geschäftsanteile in Höhe von einem Zehntel des Stammkapitals besitzen, von sich aus berufen können (§ 50 GmbHG.). Je hundert Mark eines Geschäftsanteils gewähren eine Stimme (§ 47 Abs. 2 GmbHG.), die Vorschrift ist freilich nicht zwingend. Die Verteilung des Reingewinns erfolgt nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile, der Gesellschaftsvertrag kann jedoch einen anderen Verteilungsmaßstab festsetzen (§ 29 GmbHG.). Die Auflösungsklage des § 61 Abs. 2 GmbHG. kann nur von Gesellschaftern erhoben werden, deren Geschäftsanteile zusammen mindestens dem zehnten Teile des Stammkapitals entsprechen.

Obwohl die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in ihrer Grundform körperschaftlich-kapitalistisch organisiert ist, kann sie einer Individualgesellschaft angenähert werden (vgl. § 45 Abs. 1 GmbHG.), und das geschieht vorwiegend dann, wenn die Mitgliederzahl gering ist. In diesem Falle übernehmen ein oder mehrere Gesellschafter die Geschäftsführung. Das beschlußfassende Organ als solches wird dadurch zurückgedrängt, daß die geschäftsführenden Gesellschafter die Mehrheit, unter Umständen drei Viertel der Stimmen — die für Abänderungen des Gesellschaftsvertrages nach dem Gesetz erforderliche Mehrheit (§ 53 Abs. 2 GmbHG.) — auf sich vereinigen. Die Leitung des Unternehmens ist ihnen damit gesichert, und die Rechte der Gesellschafter als solcher,

soweit sie nicht den Geschäftsführern bereits übertragen sind, werden stark eingeschränkt. Die Beschlüsse werden meist ohne persönlich berufene Versammlung gefaßt, die schriftliche Abstimmung (§ 48 Abs. 2 GmbHG.) wird zur Regel werden. Der Gesellschaftsvertrag kann auch die Kapitalbeteiligung als Grundlage des Stimmrechts ganz aufgeben und Abstimmung nach Köpfen vorschreiben, auch kann Einstimmigkeit verlangt werden. Freilich ist eine völlige Ausschaltung der Gesellschafter als Beschlußorgan nicht möglich. Ein Teil der ihnen nach § 46 GmbHG. zustehenden Befugnisse kann ihnen nicht genommen werden, eine Änderung der Satzung kann nur durch Beschluß der Gesellschafter in einer formellen Versammlung erfolgen (§ 53 Abs. 1 GmbHG.). Ebenso können auch die Minderheitsrechte weder verkümmert noch abgeschafft werden. Eine durchaus individualistische Ausprägung kann die Gesellschaft mit beschränkter Haftung aber dadurch erfahren, daß sie auf eine gewisse Zeit beschränkt wird (§ 3 Abs. 2 GmbHG.), daß in der Person der Gesellschafter liegende Gründe, wie z. B. Tod, Konkurs, Kündigung eines Gesellschafters, ihre Auflösung herbeiführen, daß die einzelnen Mitgliedschaften persönlich ausgestaltet werden durch Auferlegung von sog. Nebenleistungspflichten nach § 3 Abs. 2 GmbHG. und Ausstattung mit Vorrechten verschiedenster Art, endlich dadurch, daß die freie Übertragbarkeit der Geschäftsanteile beseitigt wird.

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist demnach eine Verbandsform, die in ihren Grundzügen körperschaftlich-kapitalistisch organisiert ist und durch dritte Organe geleitet wird, deren gesetzliche Regelung aber eine weitgehende Angleichung an eine Individualgesellschaft erlaubt[2]).

§ 21.

Die Vorschriften über die Aufbringung des Stammkapitals und den Gegenstand der Einlagen.

Bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung haftet wie bei der Aktiengesellschaft den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen. Daher muß nicht nur ein festes Grundkapital vorhanden, sondern auch seine Aufbringung durch die Gesellschafter sichergestellt sein. Schon im Gründungsstadium müssen alle Stammeinlagen übernommen sein, d. h. schon in diesem Zeitpunkt müssen sich alle Gesellschafter zur Aufbringung des gesamten Stammkapitals verpflichten (§ 3 Abs. 1 Ziff. 4, § 5 Abs. 3 Satz 3, § 7 Abs. 2, § 8 Abs. 1 Ziff. 3 GmbHG.). Wie bei der Aktiengesellschaft dürfen Stammeinlagen weder erlassen noch

[2]) Feine in Ehrenbergs Handb. III 3 § 26 S. 339.

gestundet werden, ebenso besteht ein Aufrechnungsverbot (§ 19 Abs. 2 GmbHG.), bei Nichtzahlung ist eine Kaduzierungs- und Regreßmöglichkeit vorgesehen (§§ 20—25 GmbHG.), vor allem aber sind sämtliche Gesellschafter verpflichtet, Ausfälle am Stammkapital zu decken (§ 24 GmbHG.).

Die Verpflichtung zur Leistung der Kapitaleinlage obliegt den Gesellschaftern als einzige, mindestens als Hauptpflicht, sie ist zwingend vom Gesetz geregelt. Dieser Grundsatz wird für die Aktiengesellschaft am deutlichsten ausgesprochen, sie kennt grundsätzlich nur eine zwingende Verpflichtung der Gesellschafter, die zur Einbringung der Kapitaleinlage auf die Aktie (§ 211 HGB.). Ebenso ist bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Pflicht zur Leistung der Stammeinlage und die noch darüber hinausreichende Deckungspflicht der Gesellschafter zwingend vorgeschrieben.

Über den Gegenstand der Stammeinlagen bestimmt das Gesetz, daß sie Kapitaleinlagen sein müssen (§ 3 GmbHG.). Wie bei der Aktiengesellschaft sieht es das Gesetz als Regelfall an, daß die Einlagen in leicht umsetzbaren Vermögenswerten bestehen. Es läßt jedoch auch Sacheinlagen zu, „Einlagen, welche nicht in Geld zu leisten sind" (§ 5 Abs. 4 GmbHG.). Wie solche Einlagen im Gesellschaftsvertrag festzusetzen sind, wird im einzelnen bestimmt; über ihren Gegenstand schweigt das Gesetz. Die Frage ist daher streitig, insbesondere fragt es sich, ob auch Diensteinlagen zulässig sind.

§ 22.

Die Unzulässigkeit von Diensten als Stammeinlage.

Die Ansicht, daß bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch Dienste als Einlagen zulässig sind, wird im Schrifttum nur vereinzelt vertreten, so namentlich von Birkenbihl[1]), der seine Meinung damit begründet, § 3 Abs. 2 GmbHG. sehe ausdrücklich die Möglichkeit vor, den Gesellschaftern noch andere Verpflichtungen als die zur Leistung der Kapitaleinlage aufzuerlegen[2]). Dagegen halten die meisten Schriftsteller[3]) und die Rechtsprechung[4]) Diensteinlagen für

[1]) Anm. 7 zu § 5 S. 52.

[2]) In § 3 Abs. 2 handelt es sich aber gerade um Verpflichtungen, die nicht auf die Stammeinlage gemacht werden.

[3]) Feine S. 107 ff.; Brodmann, GmbHG. Anm. 4 zu § 5 S. 36: Hachenburg Anm. 21 zu § 5 S. 200; Liebmann Anm. 8 zu § 5; Förtsch Anm. 4 zu § 5; Parisius-Crüger-Crecelius S. 109; Schuncke S. 17; Krüger S. 19; Lankau S. 54.

[4]) KGJ. Bd. 44 S. 146, Bd. 45 S. 175; OLG. Bd. 32 S. 140; RJA. Bd. 72 S. 58.

unzulässig. Als Sacheinlage sei alles geeignet, was als Aktivposten in die Bilanz eingestellt werden könne, „alle vorhandenen selbständigen Wertgegenstände, die dem Rechtsverkehr von dem Gesetz nicht entzogen sind“ [5]), wie beispielsweise bewegliche und unbewegliche Sachen, Rechte, auch Immaterialgüterrechte wie Patent-, Muster- und Markenrechte, Urheber- und Verlagsrechte, rein wirtschaftliche Werte wie Kundschaft und Fabrikgeheimnisse, ferner Sachgesamtheiten, Übereignung eines ganzen Geschäfts, endlich die Befreiung von Lasten, z. B. von Hypothekenschulden, die auf dem einzubringenden Grundbesitz, oder von persönlichen Schulden, die auf dem einzubringenden Unternehmen ruhen.

Die Ansicht, daß Dienstleistungen als Einlagen nicht gelten können, darf man als richtig annehmen.

Das Gesetz hat den Begriff der Sacheinlage nur durch die allgemein gehaltene Wendung „Einlagen, welche nicht in Geld zu leisten sind“, umschrieben, ohne eine genaue Definition zu geben. Für seine Auslegung können die Motive zum Entwurf des Aktiengesetzes vom 18. Juli 1884 unbedenklich herangezogen werden, denn die Bestimmungen des GmbH.-Gesetzes über Sacheinlagen sind denen des Aktienrechts nachgebildet, beide enthalten denselben Grundgedanken. Nach den Motiven ist Sacheinlage „jeder schon vorhandene Wertgegenstand, der als Aktivum in die Bilanz aufgenommen werden kann“ [6]). Als Sacheinlagen geeignet sind demnach alle vorhandenen selbständigen Wertgegenstände, alles, was bestehendes Wertobjekt ist und Gegenstand des Rechtserwerbs durch das Rechtssubjekt sein kann [7]). Daß nur bilanzfähige Werte eingebracht werden können, ergibt schon die Überlegung, daß die Bilanz nach Einbringung des Grundkapitals dessen Gegenwert auf der Aktivseite aufweisen muß. Dienste aber sind kein im Rechtssinne vorhandener selbständiger Wertgegenstand, sie stellen, wie früher für die Aktiengesellschaften nachgewiesen wurde [8]), keinen Bilanzgegenstand dar, mögen auch die durch sie erzeugten Werte bilanzfähig sein.

Der Zulassung von Diensteinlagen widerspricht vor allem der kapitalistische Grundcharakter der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Sie ist durchaus nach dem Vorbild der Aktiengesellschaft, die den reinsten Typus der Kapitalgesellschaft vertritt, vom Gesetz gestaltet worden. Hier wie dort ergibt der Gesamtbetrag der Einlagen (Stammeinlagen) das Grundkapital (Stammkapital), das in die Einlagen zerlegt ist. In beiden Fällen haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen, eine persönliche Haftung der Gesellschafter ist ausgeschlossen.

[5]) KGJ. Bd. 38 S. 116.
[6]) Motive S. 151.
[7]) Hachenburg Anm. 14 zu § 5 S. 192.
[8]) Vgl. S. 51 der Arbeit.

Der Grundsatz der Haftungsbeschränkung bedingt für die Einlageverpflichtung die gleiche Abstraktheit des Leistungsinhalts, die für die Aktiengesellschaft festgestellt wurde, und die auch für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Einlagefähigkeit von Diensten ausschließt, weil diese stets an eine Person von konkreter Eigenart geknüpft sind, besonders dann, wenn es sich um Dienste höherer Art handelt, die als Einlagegegenstände vorwiegend in Frage kämen.

Freilich soll nicht verkannt werden, daß das Gesetz die Möglichkeit geschaffen hat, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch das Statut in weitem Umfange einer Individualgesellschaft anzugleichen. In der Tat wird die Gesellschaft recht häufig in dieser Weise ausgestaltet, zumal wenn sie nur wenige Mitglieder zählt. Sie ist nicht selten eine Arbeitsgemeinschaft, bei der die Gesellschafter nicht nur durch ihr Kapital, sondern auch durch ihre Arbeit zur Gewinnerzielung beitragen, und nähert sich insoweit einer Offenen Handelsgesellschaft mit beschränkter Haftung, die sie in diesem Falle praktisch zu ersetzen sucht[9]). Für die Offene Handelsgesellschaft aber und die übrigen Individualgesellschaften ist die Einlagefähigkeit von Diensten festgestellt worden. Der Gedanke läge daher nahe, auch bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung Dienste als Einlagen zuzulassen, vor allem dann, wenn sie durch das Statut in der oben[10]) dargestellten Weise einer Personengesellschaft angeglichen worden ist.

Trotzdem wird man sich für das Gegenteil entscheiden. Es darf nicht übersehen werden, daß der kapitalistische Grundcharakter der Gesellschaft mit beschränkter Haftung unantastbar ist[11]). Er kommt besonders in der Festlegung des einbezahlten Kapitals und der Unmöglichkeit seiner Entnahme zum Ausdruck, den Korrelaten des Ausschlusses der persönlichen Haftung, und tritt selbst dann noch hervor, wenn alle gesetzlichen Möglichkeiten zur Ausgestaltung der Gesellschaft im Sinne einer Individualgesellschaft erschöpft sind.

Dazu treten Erwägungen praktischer Art. Das Gesetz hat die Gründung der Gesellschaft, insbesondere die Sachgründung, gegenüber der Aktiengesellschaft in nicht unbedenklicher Weise erleichtert. Das Geschäftsgebaren der Gesellschaft entzieht sich zum großen Teile der Öffentlichkeit. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist häufig ein Deckmantel für unsolide Gründungen geworden[12]), sie hat den soliden, sich auch in schweren Krisenzeiten bewährenden persönlichen Geschäftsbetrieb durch einen Einzelunternehmer oder durch eine Offene

[9]) Vgl. RG. Bd. 101 S. 61; Müller-Erzbach S. 321.
[10]) Vgl. S. 64 f. der Arbeit.
[11]) Vgl. Feine, Die G.m.b.H., in Ehrenbergs Handb. III 3 S. 57.
[12]) Vgl. die Angaben bei Müller-Erzbach S. 321, 322.

Handelsgesellschaft verdrängt. Die Zulassung von Diensteinlagen, die vorsichtig zu bewerten und praktisch nicht erzwingbar sind, würde die Gefahr von Schwindelgründungen noch erhöhen.

Endlich ist das praktische Bedürfnis für die Zulassung von Diensteinlagen gering. Der Mindestbetrag der Stammeinlage ist recht niedrig bemessen (§ 5 Abs. 1 GmbHG.). Will sich die Gesellschaft die Arbeitstätigkeit eines Gesellschafters dadurch sichern, daß sie sie zum Inhalt einer gesellschaftlichen Verpflichtung macht, so kann sie dies in Form einer sog. Nebenleistungspflicht (§ 3 Abs. 2 GmbHG.) tun. Die Kapitaleinlageverpflichtung kann sich in diesem Falle auf den gesetzlichen Mindestbetrag beschränken, andererseits kann der Gesellschafter aber hinsichtlich seiner Mitgliedschaftsrechte durch das Statut den anderen Gesellschaftern gleichgestellt werden, die ausschließlich oder größere Kapitalbeträge leisten, zumal auch die Gewinnverteilung nicht zwingend geregelt ist (§ 29 Abs. 2 GmbHG.).

Dienstleistungen sind demnach als Einlagen ausgeschlossen, dauernde nicht minder als einmalige [13]), insbesondere auch die Geschäftsführung für die Gesellschaft. Nicht einlagefähig sind ferner die Dienste, die ein Gesellschafter bei der Gründung leistet, weder die Bemühungen um das Zustandekommen der Gesellschaft noch die Vermittelung eines für das Unternehmen vorbereiteten Abschlusses mit einem Dritten. (In diesem Fall kann für den Vermittler ein Geldanspruch gegen die Gesellschaft gegeben sein, mit dem die Einlage aber nicht beglichen werden darf.) Die Unverwendbarkeit von Diensten kann auch nicht dadurch umgangen werden, daß der Gesellschafter für seine Tätigkeit Lohn vereinbart und die Lohnforderung einbringt [14]). Dagegen kann, ebenso wie bei der Aktiengesellschaft, ein Anspruch auf Dienste, der dem Gesellschafter gegen einen Dritten zusteht, den Gegenstand seiner Einlage bilden, vorausgesetzt, daß der Anspruch übertragbar ist (vgl. § 613 BGB.), denn hier handelt es sich um ein bestehendes vermögenswertes Recht. Freilich muß, wie immer, wenn eine Forderung eingebracht wird, ein Anspruch gegeben sein, der rechtlich begründet und bereits entstanden ist oder spätestens mit der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister entsteht, die der Gesellschaft als solcher die rechtliche Existenz verleiht (§ 11 Abs. 1 GmbHG.); ein Vertragsangebot käme höchstens dann in Frage, wenn es dem einbringenden Gesellschafter fest an die Hand gegeben und übertragbar ist, so daß es seitens der Gesellschaft wirksam angenommen werden kann [15]).

---

[13]) OLG. Bd. 32 S. 140; Brodmann, GmbHG. Anm. 4 zu § 5 S. 36.
[14]) RG. bei Holdheim Bd. 24 S. 224.
[15]) RJA. Bd. 12 S. 58; RG. im Recht 1913 S. 263; Hachenburg Anm. 21 zu § 5 S. 200.

VI. Können Dienste bei der Genossenschaft Einlage sein?

§ 23.

Die Struktur der Genossenschaft.

Eine Verbandsform, die infolge ihrer Zweckbestimmung kraft Gesetzes nicht als Handelsgesellschaft im eigentlichen Sinne, vielmehr als handelsrechtlicher Hilfsverband anzusehen ist, ist die eingetragene Genossenschaft. Sie ist durch das Gesetz vom 1. Mai 1889/19. Januar 1926 geregelt.

Das Gesetz kennzeichnet die Genossenschaft als Gesellschaft von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezweckt (§ 1 GenG.). Danach darf allein die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft der Genossen Gegenstand des Unternehmens sein. Der Zweck soll durch einen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb erreicht werden.

Das Gesetz schreibt für den Gesellschaftsvertrag einen gewissen Mindestinhalt vor (§§ 6, 7 GenG.). Die Gründer haben einen Vorstand zu bestellen, der die Geschäfte der Genossenschaft zu führen und das Körperschaftsleben zu leiten hat (§§ 9, 24 GenG.). Durch eine gehörig berufene Versammlung der Mitglieder, die Generalversammlung (§ 43 GenG.), die bei Genossenschaften mit mehr als dreitausend Mitgliedern durch die Vertreterversammlung des § 43 a GenG. ersetzt wird, ist, sofern nicht das Statut eine andere Art der Berufung vorsieht, der Aufsichtsrat zu wählen (§§ 9, 36 Abs. 1 GenG.). Die Mitglieder beider Organe müssen Genossen sein.

Die Bildung eines Stammkapitals von gesetzlich bestimmter Mindesthöhe ist, im Gegensatz zu der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, nicht vorgesehen. Die Vermögensbeteiligung der Genossen besteht in der Übernahme eines Geschäftsanteils (§ 7 Ziff. 2 GenG.). Dieser Betrag bildet die Grenze der Beteiligung, die nicht überschritten werden darf. Der Geschäftsanteil muß für alle Genossen gleich sein[1]), denn die Genossen sollen einander gleichgeordnet sein, die Kapitalisten nicht das Übergewicht im inneren Vereinsleben erlangen. Aus den gleichen Gründen darf kein Genosse auf mehr als einen Geschäftsanteil beteiligt sein (§§ 119, 120 GenG.). Eine abweichende Regelung ist nur für die Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht getroffen (§§ 134, 136, 137 GenG., vgl. auch § 131 Abs. 1

[1]) RG. Bd. 62 S. 308, Bd. 64 S. 187 ff.

GenG.). Zu krasse Unterschiede in der Beteiligung der Mitglieder sollen dadurch vermieden werden, daß die Höchstzahl der Geschäftsanteile im Statut zu bestimmen ist (§ 134 GenG.), ferner auch durch die Vorschrift, daß jeder Genosse in der Generalversammlung ohne Rücksicht auf seine Vermögensbeteiligung nur eine Stimme hat (§ 43 Abs. 2 GenG.).

Da die Persönlichkeit des einzelnen Genossen für den Verband je nach seiner Art mehr oder minder bedeutsam ist, ist die Mitgliedschaft unübertragbar, unteilbar und unvererblich (§ 77 Abs. 1 GenG.). Bei einer bestehenden Genossenschaft kann Mitglied nur werden, wen sie zuläßt (§§ 8, 15, 76 GenG.). Diese Vorschriften sind zwingend[2]). Der Ausschluß eines Genossen kann aus einem in seiner Person liegenden Grunde erfolgen (§ 68 GenG.).

Die Struktur der Genossenschaft wird demnach durch eine ausgesprochen kapitalfeindliche Tendenz gekennzeichnet.

§ 24.

Die Vorschriften über Gegenstand und Leistung der Einlagen.

Das Gesetz bestimmt nicht ausdrücklich, was als Gegenstand der Einlage des Genossen geeignet ist. Da es aber dort, wo es sich um die Bildung des Geschäftsguthabens handelt, nur von Einzahlungen spricht (§§ 7, 21, 22, 59, vgl. auch § 91 GenG.), insbesondere in § 7 Ziff. 2 GenG. von Einzahlungen auf den Geschäftsanteil, so muß gefolgert werden, daß die Einlage notwendig in einer Geldleistung besteht und Sacheinlagen ausgeschlossen sind[1]); aus der Wahl des Ausdrucks Einlagen in § 7 Ziff. 2 Satz 1 GenG. darf nicht auf das Gegenteil geschlossen werden. Wären andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen zulässig, so hätte es das Gesetz ausdrücklich vorgesehen und Sondervorschriften für ihre Einbringung getroffen, wie es für die Aktiengesellschaft (§§ 186 ff. HGB.), die Kommanditgesellschaft auf Aktien (§§ 321 f. HGB.) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§§ 3, 7, 9 GmbHG.) geschehen ist. Beim Erlaß des Genossenschaftsgesetzes von 1868 ist die Zulassung von Sacheinlagen überhaupt nicht erwogen worden, auch die Begründung des Gesetzes von 1889 läßt einen Hinweis in dieser Richtung vermissen.

---

[2]) RG. in LZ. 1916 S. 386.

[1]) Vgl. Müller-Erzbach S. 375; Crüger-Crecelius Anm. 25 zu § 7 S. 99; Rieß bei Ehrenberg Bd. III 2 S. 33, 37, 159; Waldecker, Die Genossenschaft S. 145 Anm. 1.

Daß wirtschaftlich Übernahmen und Sacheinlagen in Betracht kommen können, wenn auch selten, zeigen zwei Urteile des Reichsgerichts[2]). Rechtlich scheiden sie für die Gründung und Aufnahme in das Statut als unzulässig aus. Die Bildung des Geschäftsguthabens durch Sacheinlagen widerspräche der rechtlichen und wirtschaftlichen Natur des Geschäftsguthabens und der Auseinandersetzung (§ 73 GenG.), der Verpflichtung, das Geschäftsguthaben nach Beendigung der Mitgliedschaft auszuzahlen.

Wertobjekte, die ein Genosse einbringt, können demnach nicht mit den auf den Geschäftsanteil zu leistenden Einzahlungen verrechnet werden. Dagegen ist es zulässig, daß die Genossenschaft einem Mitgliede einen Gegenstand abkauft, das Mitglied einen Geschäftsanteil erwirbt und die darauf zu zahlenden Beträge mit dem Kaufpreise verrechnet werden[3]). Werden solche besondere schuldrechtliche Abmachungen getroffen, so richtet sich die Verrechnung mit Bareinzahlungen nach den Grundsätzen über die Aufrechnung mit Einzahlungen (§ 22 GenG.). Freilich wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob nicht eine Umgehung der gesetzlich vorgeschriebenen Bildung des Geschäftsguthabens vorliegt. Die Abgrenzung von Geschäften, bei denen Sacheinlagen auf den Geschäftsanteil angerechnet werden sollen, gegen Geschäfte über Gegenstände, für die von der Genossenschaft den überlassenden Genossen Gegenwerte gewährt werden, bei denen insbesondere die Verrechnung des Gegenwerts auf die Einzahlungsschuld oder eine Hingabe an Erfüllungsstatt auf die Einzahlungsschuld vereinbart wird, begegnet in der Praxis großen Schwierigkeiten[4]).

Hinsichtlich der Zahlung der Geldeinlage läßt das Gesetz einen weiten Spielraum, damit die verschiedene Leistungsfähigkeit der Genossen berücksichtigt werden kann. Nur die Höhe der Einzahlungen ist festzusetzen (§ 7 Ziff. 2 GenG.).

§ 25.

Die Unzulässigkeit von Diensteinlagen.

Da die Genossenschaft sich auf der persönlichen Mitgliedschaft der Genossen aufbaut, liegt der Gedanke nahe, Dienstleistungen der Genossen als Einlagen zuzulassen. Dies könnte z. B. in der Weise geschehen, daß ein Genosse sich verpflichtet, für den Verband Mitglieder zu werben, sich für die Zuführung eines jeden neuen Mitgliedes eine

---

[2]) RG. Bd. 64 S. 188, Bd. 65 S. 223.
[3]) Rieß a. a. O. S. 160.
[4]) Vgl. RG. Bd. 65 S. 224; Deumer S. 197.

gewisse „Provision“ ausbedingt und diese Beträge als Einzahlungen auf seinen Geschäftsanteil gutschreiben läßt. Oder bei einer Genossenschaft, die sich mit der Herstellung von Wohnungen befaßt, könnten die Mitglieder sich zur Mitwirkung beim Bau, z. B. als Handwerker, mit der Maßgabe verpflichten, daß ihre Tätigkeit nach einem bestimmten Satze entlohnt wird und die Lohnbeträge ihrem Geschäftsguthaben zugeschrieben werden. Tatsächlich ist, namentlich in der Nachkriegszeit, versucht worden, die Einlagefähigkeit von Diensten auf diese Weise zu erreichen. Vereinbarungen dieser Art laufen jedoch dem Gesetz zuwider. Im Sinn des Gesetzes liegt es, nicht in Geld bestehende Einlagen (Sacheinlagen) auszuschließen, daher sind auch Diensteinlagen nicht zulässig. Für sie besteht auch kein wirtschaftliches Bedürfnis. Die als Geschäftsanteil einzulegende Summe kann ganz niedrig bemessen sein. Vor allem aber kann die Arbeitskraft des Genossen auf genossenschaftlicher Grundlage in anderer Weise gesichert werden. Die Genossenschaft kann ihre Mitglieder außer zur Leistung der Geldeinlage auch zu anderen Leistungen zwingen, die im Rahmen des von der Gesellschaft verfolgten und vom Gesetz zugelassenen Zweckes liegen. Diese Pflichten brauchen nicht im Wege einer Nebenabrede durch besondere Vertragsschließung mit jedem einzelnen Genossen begründet zu werden. Eine allgemeine statutarische Bestimmung bindet. So können die Genossen auch zu Dienstleistungen verpflichtet werden; im einzelnen wird darüber noch unten zu reden sein.

C. Dienste als Einlage bei der Stillen Gesellschaft.

§ 26.

Das Wesen der Stillen Gesellschaft.

Von den Handelsgesellschaften (im engeren Sinne) unterscheidet sich in vielen Beziehungen die Stille Gesellschaft; sie ist daher gesondert zu behandeln.

Eine Stille Gesellschaft liegt vor, wenn sich eine natürliche oder juristische Person, der sog. Stille, an dem Handelsgewerbe, das ein anderer, der Geschäftsinhaber oder Komplementar, im eigenen Namen betreibt, mit einer Vermögenseinlage derart beteiligt, daß sie in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergeht und am Gewinn teilnimmt (vgl. §§ 335, 336 Abs. 2 HGB.). Eine Stille Gesellschaft kann demnach nur zwischen zwei Personen bestehen; der Geschäftsinhaber kann ein Einzelkaufmann oder auch eine Handelsgesellschaft sein[1]).

[1]) Vgl. RG. Bd. 25 S. 41, Bd. 30 S. 35.

Im Gegensatz zu den Handelsgesellschaften ist die Stille Gesellschaft keine sachenrechtliche Gemeinschaft. Ein Gesellschaftsvermögen ist nicht vorhanden, denn der Stille hat die Einlage so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäftes übergeht. Die Einlage und der sonstige Erwerb sollen lediglich dem Komplementar zufallen, der Stille nur obligatorisch beteiligt sein[2]). Das Gesetz schreibt zwingend eine Gewinngemeinschaft vor (§ 336 Abs. 2 HGB.); soll der Stille auch am Verlust teilnehmen, so beschränkt sich seine Beteiligung in dieser Hinsicht, ähnlich wie beim Kommanditisten, auf den Betrag seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage (§ 337 Abs. 2 HGB.). Daneben hat der Stille unter gewissen Voraussetzungen, z. B. bei der Auflösung der Gesellschaft, gegen den Inhaber einen Anspruch auf Rückerstattung seiner Einlage in Geld (§ 340 Abs. 1 HGB.). Diese Forderung gibt ihm eine reine Gläubigerstellung.

Ein weiterer Unterschied der Stillen Gesellschaft von den Handelsgesellschaften liegt darin, daß sie keine Firmen-, sondern reine Innengesellschaft ist. Kraft ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes darf eine Gesellschaftsfirma überhaupt nicht geführt werden (§ 18 Abs. 1 in Verb. mit Abs. 2 HGB.). Der Stille tritt vielmehr, wie sein Name andeutet, nach außen überhaupt nicht hervor. Das Handelsgesetzbuch rechnet daher die Stille Gesellschaft nicht zu den Handelsgesellschaften und bringt ihre Sonderstellung in der Überschrift des zweiten Buches „Handelsgesellschaften und Stille Gesellschaft" deutlich zum Ausdruck. Die Stille Gesellschaft darf infolgedessen nicht ins Handelsregister eingetragen werden, die Vorschriften des Handelsgesellschaftsrechts können auf sie nicht ergänzend Anwendung finden.

Dagegen steht die bürgerlichrechtliche Gesellschaft der Stillen Gesellschaft insofern nahe, als für sie ein Gesellschaftsvermögen, das § 335 Abs. 1 HGB. für die Stille Gesellschaft ausschließt, nicht begrifflich notwendig ist[3]). Das Gesetz bestimmt daher, daß einzelne Regeln über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts hilfsweise heranzuziehen sind (§§ 338 Abs. 2, 339 Abs. 1 HGB.). Auf Grund dieser Bestimmungen hat die Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt, daß die §§ 705 ff. BGB. insoweit entsprechend anzuwenden sind, als sich aus den §§ 335 bis 342 HGB. nicht Abweichungen ergeben[4]), also mit Ausnahme der Vorschriften, die auf der Grundlage der Vermögensgemeinschaft und der Gesamthand aufgebaut sind.

---

[2]) Vgl. RG. Bd. 77 S. 224.
[3]) Vgl. RG. Bd. 77 S. 233, Bd. 80 S. 268.
[4]) RG. in JW. 1912 S. 463.

§ 27.

Die Einlage des Stillen; sie kann auch in Dienstleistungen bestehen.

Über den Gegenstand der Einlage des Stillen und ihre Leistung bestimmt das Gesetz nur, daß die Einlage eine Vermögenseinlage sein und in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergehen muß (§ 335 HGB.). Diese Fassung des Gesetzes läßt nicht erkennen, daß sich die Einlage des Stillen von den Einlagen der Mitglieder von Handelsgesellschaften grundsätzlich unterscheiden soll. Auch diese Einlagen sind Vermögenseinlagen, was für einzelne Gesellschaftsformen noch ausdrücklich erwähnt wird (vgl. die §§ 161, 322 Abs. 2 HGB.), auch sie gehen durch die Einbringung, wie sich aus dem Begriff der Einlage ergibt, in ein Vermögen, das Gesellschaftsvermögen, über.

Als Einlage des Stillen kommt wie bei den Handelsgesellschaften in erster Linie eine Geldzahlung in Betracht, und hiervon als dem Regelfall geht das Gesetz aus. Sie kann unstreitig auch in anderen Vermögensgegenständen bestehen, die ihrem Werte nach in Geld bestimmbar und leicht in Geld umsetzbar sind. Bestritten ist dagegen nach dem Inkrafttreten des geltenden Handelsgesetzbuches ebenso wie zur Zeit des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs[1]), ob der Stille als Einlage ausschließlich Dienste leisten kann, insbesondere fragt es sich, ob in diesem Fall nicht ein Quotaldienstvertrag vorliegt und der Stille die Stellung eines sog. commis intéressé innehat.

Die Einlagefähigkeit von Diensten wird im Schrifttum verneint von Lastig[2]), Makower[3]), Rettig[4]), Lübbert[5]), Marcus[6]), Elsoffer[7]) und Bauer[8]). Auch die Rechtsprechung entscheidet in dem gleichen Sinne[9]); eine feststehende Praxis hat sich freilich noch nicht herausgebildet. Andere wieder, wie z. B. Wieland[10]) und Saenger[11]), wollen Dienste als Einlage nur dann gelten lassen, wenn

---

[1]) Vgl. die Literaturangabe bei Steffens S. 55.
[2]) In Endemanns Handb. S. 705 Bd. I.
[3]) Anm. V b 3 zu § 335 S. 944.
[4]) S. 15.
[5]) In ZHR. Bd. 58 S. 515.
[6]) Bei Holdheim Bd. 20 S. 257 Nr. IV.
[7]) S. 48 ff.
[8]) S. 19.
[9]) RG. in JW. 1903 Beil. 17, bei Holdheim Bd. 14 S. 214; RG. Bd. 33 S. 130; vgl. dagegen RG. in ZHR. Bd. 48 S. 344 Nr. 337.
[10]) S. 775 Anm. 13.
[11]) S. 71 ff.

eine Vergütung für sie vereinbart ist. Diese bilde dann den Gegenstand der Einlage, nicht die Dienstleistung als solche.

Dagegen werden Diensteinlagen für zulässig erklärt von Staub[12]) (der noch in der 8. Auflage den Standpunkt vertreten hat, Dienste seien keine geeignete Vermögenseinlage, wer nichts in die Schanze zu schlagen habe als seine Dienste, sei eben ein Bediensteter, auch wenn er am Gewinn und Verlust beteiligt sei), ferner von Renaud[13]), Behrend[14]), Lehmann-Ring[15]), Brand[16]), Düringer-Hachenburg[17]), Lehmann[18]), Goldmann[19]), Müller-Erzbach[20]), Ellinger[21]), Hase[22]), Siemsen[23]), Steffens[24]) und Ogrowsky[25]).

Welche der beiden Ansichten ist zutreffend?

Die Meinung, Dienste seien nicht einlagefähig, wird umfassend begründet. So führt z. B. Lastig[26]) aus, bei der Leistung von Diensten als Einlage seien gewisse Vorschriften über die Stille Gesellschaft nicht anwendbar. Es könne dann nicht die Rede sein von einer Verminderung der Vermögenseinlage durch den Anteil am Verluste (§ 337 Abs. 2 HGB.), von einer Rückzahlung der Einlage in Geld (§ 340 Abs. 1 HGB.), von Geltendmachung der Einlage, soweit sie den Anteil am Verluste übersteigt, im Konkurse des Geschäftsinhabers durch den Stillen Gesellschafter (§ 341 Abs. 1 HGB.), von einer Einzahlung der rückständigen Einlage bis zu dem Betrage, der zur Deckung des Anteils des Stillen Gesellschafters am Verluste erforderlich ist (§ 341 Abs. 2 HGB.). Der Gegenstand der Einlage dürfe bei der Stillen Gesellschaft nicht nur für den Geschäftsinhaber einen Vermögenswert haben, sondern müsse schon in der Hand des Stillen einen Vermögensgegenstand darstellen. Die Einlage des Stillen müsse in das Vermögen des Komplementars übergehen (§ 335 HGB.); übergehen könne aber nur etwas, was bereits

---

[12]) 12./13. Aufl. Anm. 15 zu § 335 S. 674.
[13]) Stille Gesellschaft S. 80, 117.
[14]) § 91 Anm. 14.
[15]) Anm. 8 zu § 335 S. 328.
[16]) Anm. 1 III 3 zu § 335.
[17]) Anm. 7 zu § 335.
[18]) § 67 Ib.
[19]) Anm. 5 zu § 335.
[20]) S. 347.
[21]) S. 32—35.
[22]) S. 30 ff.
[23]) S. 16—25.
[24]) S. 55 ff.
[25]) S. 33 ff.
[26]) In Endemanns Handb. Bd. I S. 705.

vorhanden sei. Wenn jemand einem anderen für dessen Handelsgewerbe gewisse Dienste leiste und dafür am Geschäftsgewinn beteiligt sei, so liege eine einseitige Arbeitsgenossenschaft vor, aber keine Stille Gesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs.

Elsoffer[27]) geht von dem von Staub aufgestellten Satze aus, als Gegenstand einer Einlage seien nur verkehrsfähige Objekte zulässig, die als Aktiva in der Bilanz erscheinen könnten. Dienste seien nicht verkehrsfähig. Durch eine Vermögenseinlage, die in Diensten bestehe, werde das Vermögen desjenigen, der die Einlage empfange, nicht unmittelbar vergrößert. Durch das Versprechen von Diensten erhalte der Inhaber noch nicht einen Vermögensgegenstand, über den er sofort verfügen könne, sondern nur eine Chance, durch die spätere Leistung der Dienste einen Vermögenswert zu erlangen. Aus der Vorschrift des § 733 Abs. 2 BGB., daß für eine Arbeitsleistung bei der Auseinandersetzung kein Ersatz verlangt werden könne, gehe deutlich hervor, daß Dienste keine Vermögensobjekte seien. Die Vorschrift des § 339 Abs. 2 HGB., daß die Gesellschaft durch den Tod des Stillen nicht aufgelöst werde, sei nicht anwendbar, wenn die Einlage in Diensten bestehe; man müsse vielmehr annehmen, daß in diesem Falle die Gesellschaft zu bestehen aufhöre, zumal, wenn die Dienste nicht vertretbar seien und von den Erben des Stillen nicht geleistet werden könnten.

Beide Schriftsteller betonen, daß auch die historische Entwicklung der Stillen Gesellschaft aus der im Mittelalter ausgebildeten Commenda der Zulässigkeit von Arbeitseinlagen widerspreche.

Bauer[28]) endlich macht außer den von Lastig angeführten Gründen noch geltend, für die Einlage des Stillen sei wesentlich, daß dem Geschäftsherrn an ihrem Gegenstande das Eigentum, der Gewahrsam usw. für eine gewisse Zeit dauernd zustehe. Da die Gewinnbeteiligung und eventuell auch die Beteiligung am Verluste regelmäßig für eine gewisse Dauer berechnet sei, so müsse auch die am Gewinn und Verlust interessierte Einlage eine fortgesetzte und der Verfügungsgewalt des Geschäftsherrn unterworfene sein. Diese Eigenschaften aber könnten bei Diensten nicht erzwungen werden. Daraus ergebe sich, daß eine Leistung, deren Gewährung einzig und allein in das Belieben des Leistenden gestellt sei, nicht als Vermögenseinlage in das Handelsgewerbe eines anderen im Sinne des Handelsgesetzbuchs angesehen werden könne.

Trotz dieser eingehenden Begründung ist die Ansicht, die Dienste des Stillen Gesellschafters seien nicht einlagefähig, abzulehnen.

---

[27]) S. 48 ff.
[28]) S. 19.

Soweit die Unzulässigkeit von Arbeitseinlagen aus dem Begriff der Vermögenseinlage gefolgert wird, ist darauf hinzuweisen, daß das Handelsgesetzbuch in den §§ 161 und 322 Abs. 2, die hier zum Vergleich herangezogen seien, den Ausdruck nicht als gesetzestechnischen Begriff und nicht in dem Sinne gebraucht, daß nur bereits vorhandene und verfügbare Vermögensgegenstände als Einlagen in Betracht kämen, vielmehr sind auch Arbeitsleistungen zulässig, durch die Vermögenswerte erst geschaffen werden sollen. Wie oben [29]) nachgewiesen wurde, können die „Vermögenseinlagen" der Kommanditisten bei der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft und die „Vermögenseinlagen" der persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft auf Aktien, soweit sie außerhalb des Grundkapitals erfolgen, in Diensten bestehen. Gleichzeitig muß aber betont werden, daß Diensten ein Vermögenswert innewohnt, der bei jedem Dienstvertrage, bei jedem Werkvertrage (meist in Geld) veranschlagt wird, und daß die meisten Vermögenswerte erst durch die Verbindung von Sachgütern mit der menschlichen Arbeit erzeugt werden. Wie die Vermögenswerte hervorgebracht werden, ist im einzelnen bereits früher dargestellt worden [30]).

Aus der Vorschrift des § 733 Abs. 2 Satz 3 BGB., daß bei der Auflösung der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft für Diensteinlagen kein Ersatz zu leisten ist, darf nicht gefolgert werden, daß das Gesetz Diensten einen Vermögenswert abspricht. Wie oben [31]) ausgeführt wurde, liegt der innere Grund für diese Einschränkung darin, daß das Gesetz Diensteinlagen den Einlagen gleichstellt, die in der Überlassung der Benutzung eines Gegenstandes bestanden haben, und diese gleichfalls für nicht ersatzfähig erklärt. Diese Gegenstände selbst werden mit der Arbeitskraft auf die gleiche Stufe gestellt, der Ausübung des Nutzungsrechts entspricht das Tätigsein des seine Dienste einlegenden Gesellschafters. Freilich wird man diesen Vergleich nicht so weit führen dürfen wie Steffens [32]), der die gleichartige Behandlung von Dienst- und Gebrauchseinlagen im Gesetz damit begründet, Gebrauchsüberlassungen seien Nutzungen einer Sache, Dienste Nutzungen einer Person. Wie sich aus der Bestimmung des Begriffs Nutzungen in § 100 BGB. ergibt, sind Nutzungen einer Person juristisch (wie auch sprachlich) eine Unmöglichkeit, auch rein wirtschaftlich dürfte die Formulierung erheblichen Bedenken begegnen. Vor allem aber ist hervorzuheben, daß die Vorschrift des § 733 Abs. 2 Satz 3 BGB. nicht zwingendes Recht

---

[29]) Vgl. S. 41 und 61 der Arbeit.
[30]) S. 30 f., 43 f. der Arbeit.
[31]) Vgl. S. 29 der Arbeit.
[32]) S. 60.

ist, aus ihr dürfen keine Rückschlüsse auf den wirtschaftlichen Wert einer Diensteinlage gezogen werden. Leistet ein Gesellschafter eines handelsrechtlichen Verbandes in Erfüllung seiner Beitragspflicht Dienste, so wird regelmäßig vereinbart, daß er dafür bei der Liquidation zu entschädigen ist. Aus dieser Abrede geht deutlich hervor, daß man Diensten einen Vermögenswert beimißt.

Die Annahme Lastigs, die Unzulässigkeit von Diensteinlagen ergebe sich daraus, daß bei ihrer Zulassung die §§ 337, 340, 341 HGB. nicht anwendbar seien, ist nicht begründet. Diese Vorschriften können auch dann keine Anwendung finden, wenn die Einlage des Stillen in der Überlassung des Nutzungsrechtes an einem Gegenstande besteht. Solche Einlagen sind aber nach Lastig ebenso wie die Einbringung von Forderungen gestattet, der sich insofern widerspricht; folgerichtig müßte er auf Grund der angeführten Bestimmungen zu dem Schluß kommen, daß auch Nutzungsrechte und Forderungen als Vermögenseinlagen unzulässig sind. Hinzu tritt, daß die Vorschriften nachgiebiges Recht sind und nur für den Regelfall gelten; im Einzelfall kann ihre Anwendung durch den Parteiwillen ausgeschlossen werden. Ist der Stille Gesellschafter von der Teilnahme am Verlust ausgeschlossen, so kann von einer Verminderung der Vermögenseinlage durch Verlustanteil und von Einzahlung der rückständigen Einlage bis zu dem Betrage, der zur Deckung des Anteils des Stillen am Verlust erforderlich ist, gleichfalls nicht die Rede sein. Die Lastigschen Argumente sind also nicht überzeugend.

Auch aus der Vorschrift des § 339 Abs. 2 HGB. kann die Unzulässigkeit von Arbeitseinlagen nicht hergeleitet werden. Es trifft zwar zu, daß durch den Tod des Dienste leistenden Stillen die Gesellschaft, entgegen der gesetzlichen Regel, fast immer aufgelöst werden wird. Aber die Vorschrift ist dispositives Recht und für die Stille Gesellschaft nicht wesentlich; sie kann durch die Parteien aufgehoben werden. Werden Dienste als Einlage des Stillen vereinbart, so wird stets (ausdrücklich oder stillschweigend) die Abrede getroffen werden, daß der Tod des Stillen die Gesellschaft auflöse.

Wenn schließlich noch geltend gemacht wird, im Falle der Zulassung von Diensteinlagen sei eine Rückzahlung der Einlage in Geld (§ 340 Abs. 1 HGB.) nicht möglich, so ist diese Ansicht schon unrichtig formuliert. Das Gesetz schreibt ausdrücklich vor, daß der Komplementar nach der Auflösung der Gesellschaft das Guthaben des Stillen in Geld zu berichtigen hat; von einer Rückzahlung der Einlage an sich ist nicht die Rede. Dieses Guthaben kann sich auch aus Beträgen zusammensetzen, die dem Stillen für seine Tätigkeit in der Gesellschaft gutgeschrieben wurden.

Die Ansicht Elsoffers, als Einlagen kämen nur verkehrsfähige Objekte in Betracht, die in die Bilanz aufgenommen werden können, Dienste seien aber nicht bilanzfähig und daher als Einlagen ausgeschlossen, ist nur für die Kapitalgesellschaften, nicht aber für die Stille Gesellschaft richtig. Bei den Kapitalgesellschaften müssen die Einlagen deswegen bilanzmäßig sein, weil die Bilanz nach der Einbringung des Grundkapitals, das auf der Passivseite zu erscheinen hat, dessen Gegenwert auf der Aktivseite aufweisen muß. Dieser Grund fällt bei der Stillen Gesellschaft weg. Sondervorschriften über die Aufstellung der Bilanz sind nicht gegegeben, denn die Bilanz ist nur für das Verhältnis des Komplementars zum Stillen, der nach außen hin überhaupt nicht in Erscheinung tritt, von Bedeutung. Sie dient dazu, den auf den Stillen entfallenden Gewinn und die Höhe seines Guthabens zu ermitteln. Hierbei wird die Beteiligung des Stillen in der Höhe der Vermögenswerte zum Ausdruck kommen, die durch seine Tätigkeit während des Geschäftsjahres geschaffen worden sind. Daß die Einlage des Stillen von vornherein einen Vermögenswert haben muß und als Vermögensgegenstand in die Bilanz einzusetzen ist, kann nicht gefordert werden. Die §§ 39 ff. HGB. stehen nicht entgegen. Sie schreiben vor, daß der Kaufmann sein (ihm eigentümlich gehörendes) Vermögen aufzuzeichnen hat. Die Beteiligung des Stillen fällt, solange er seine Diensteinlage nicht erbracht hat, nicht darunter; sind aber die Dienste geleistet, und zwar so, daß die durch sie geschaffenen Vermögenswerte in das Vermögen des Komplementars übergegangen sind, dann erscheinen diese auch in der Bilanz und damit der wirtschaftliche Wert der Diensteinlage.

Gegen die Zulässigkeit von Diensten als Einlage spricht endlich auch nicht die geschichtliche Entwicklung der Stillen Gesellschaft aus dem Rechtsinstitut der Commenda. Es mag im allgemeinen richtig sein, daß die Commenda in der Hauptsache eine Kapitalbeteiligung war. Gerade ihre Ausgestaltung im Mittelalter aber läßt deutlich erkennen, daß schon frühzeitig die Arbeit für einlagefähig erachtet wurde[33]).

Die gegen die Zulassung von Arbeitseinlagen geäußerten Bedenken sind damit sämtlich entkräftet worden.

Im Einklang mit der im Schrifttum herrschenden Meinung[34]) ist daran festzuhalten, daß die Einlage des Stillen Gesellschafters auch in der Leistung von Diensten bestehen kann; die gegenteilige Meinung ist abzulehnen. Gegenstand seiner Einlage kann demnach seine Tätigkeit als Prokurist, Handlungsgehilfe, Angestellter oder Arbeiter im

---

[33]) Vgl. S. 6 ff. der Arbeit.
[34]) Vgl. die auf S. 76 der Arbeit angegebene Literatur.

Betriebe des Geschäftsinhabers sein. Man darf sogar ganz allgemein feststellen, daß Vermögenseinlage des Stillen alles sein kann, was die Gesellschafter vereinbaren[35]); das innere Gesellschaftsverhältnis kann beliebig geregelt werden, weil die Allgemeinheit an einer typischen Gestaltung des Verbandes kein Interesse hat. Die Stille Gesellschaft ist eine reine Innengesellschaft. Bei der Frage nach dem Gegenstand der Einlage kann das Interesse der Unternehmensgläubiger unberücksichtigt bleiben, ihnen haftet der Komplementar allein und unbeschränkt. Die Einlage des Stillen hat nicht die Bedeutung einer Haftsumme. Hier zeigt sich ein deutlicher Gegensatz zu der Einlage bei den Kapitalgesellschaften, die zur Bildung des Grundkapitals beitragen soll, das den alleinigen Haftungsstock für die Gläubiger darstellt[36]). Dazu kommt, daß die Vorschriften über die Einlage des Stillen durchweg nicht zwingendes Recht sind und durch den Parteiwillen abgeändert werden können. Die Einlage kann durch Übereinkommen der Gesellschafter erhöht oder vermindert und sogar, anders als bei den übrigen Verbandsformen, während des Bestehens der Gesellschaft ganz zurückgezahlt werden. Ebenso kann die Einlage erlassen werden. Daraus folgt, daß es verfehlt wäre, irgendwelche Einschränkungen hinsichtlich des Gegenstandes der Einlage zu machen. Zu fordern ist lediglich, daß die einzubringenden Vermögenswerte genau bezeichnet und in Geld geschätzt werden, ebenso müssen die zu leistenden Dienste wenigstens so weit bezeichnet werden, daß eine Schätzung ihres Vermögenswertes möglich wird[37]) und daß die Einlage in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergeht. Wie dies bei Diensteinlagen im einzelnen geschieht, sei im folgenden dargestellt.

---

[35]) Müller-Erzbach S. 347.

[36]) Wie sehr es dem Belieben der Parteien überlassen ist, welche Vermögenswerte den Gegenstand der Einlage bilden sollen, geht aus dem in der Reichsgerichtsentscheidung bei Holdheim (Bd. 14 S. 214) mitgeteilten Fall hervor. Der Stille Gesellschafter hatte sich hier zur Leistung einer Einlage von 50 000 Mark verpflichtet. Diese Summe sollte aber der Komplementar nicht in bar fordern dürfen. Sie sollte vielmehr dadurch geleistet werden, daß der Stille seine gesamte Tätigkeit der Gesellschaft widmete, also seine Dienste einbrachte, ferner dadurch, daß der Vater des Stillen dem Geschäftsinhaber ein 10 Jahre lang unkündbares und nur mit 4% verzinsliches Darlehen von 400 000 Mark gewähren sollte; endlich war noch vereinbart, daß der Vater des Stillen für ältere Gesellschaftsschulden im Betrage von 2000 Mark die Bürgschaft übernahm.

[37]) Vgl. RG. in ZHR. Bd. 48 S. 344 Nr. 337.

§ 28.

Der Übergang einer Diensteinlage des Stillen in das Vermögen des Geschäftsinhabers.

Für die Einlage des Stillen ist charakteristisch, daß sie in das Vermögen des Komplementars übergeht. Wie erfolgt dieser Übergang, wenn die Einlage in Dienstleistungen besteht?

Die Frage kann nicht dadurch beantwortet werden, daß man konstruiert, der Gesellschafter lege einen Anspruch gegen sich selbst auf die Leistung von Diensten ein[1]). Eine solche Konstruktion ist künstlich. Um die Übertragung eines Anspruchs auf Dienste handelt es sich nur dann, wenn der Stille einen ihm gegen einen Dritten zustehenden Anspruch auf Leistung von Diensten einbringt. Dieser Anspruch ist im Zweifel nicht übertragbar (§ 613 BGB.), die Nichtübertragbarkeit kann also durch eine Vereinbarung des Dienstberechtigten mit dem -verpflichteten beseitigt werden (vgl. auch § 399 BGB.).

Die Feststellung, ob durch die Tätigkeit des Stillen Vermögenswerte geschaffen werden, und wie groß sie sind, begegnet keinen Schwierigkeiten, wenn der Stille z. B. als Prokurist oder Handlungsgehilfe tätig ist und für seine Arbeit eine feste Vergütung vereinbart wird, deren Höhe dem Betrage gleichkommt oder unter dem Betrage bleibt, den der Komplementar einer gleichwertigen Arbeitskraft für die gleiche Tätigkeit an Lohn zahlen müßte; die Ermittlung wird durch einen Vergleich mit dem jeweils maßgeblichen Tarifvertrag erleichtert. Die rechnerische Grundlage für die Beteiligung des Stillen bildet dann die vereinbarte Gehaltssumme[2]). Sie wird dem Stillen bei Fälligkeit nicht ausgezahlt, sondern auf Einlagekonto gutgeschrieben. Die Summe der gutgeschriebenen Beträge entspricht der Summe der Vermögenswerte, die der Stille dem Komplementar dadurch „zuführte", daß er ihm Aufwendungen erübrigte. Wird die Tätigkeit des Stillen auf dieser Basis bewertet, dann wird gewöhnlich ein Höchstbetrag für seine Einlage festgesetzt sein, mit dem sein Einlagekonto belastet wird. Sobald die Summe der Einzelgutschriften diesen Betrag erreicht und das Konto ausgeglichen ist, hat der Stille seiner Einlageverpflichtung genügt. Einzelheiten, insbesondere hinsichtlich der Auseinandersetzung und der Frage, ob die Dienste als durch den Gewinnanteil abgegolten anzusehen sind, bedürfen vertraglicher Regelung[3]).

---

[1]) So Rehm S. 13.
[2]) Renaud, Stille Gesellschaft S. 80.
[3]) Düringer-Hachenburg Anm. 4 zu § 337.

Wieland[4]) und Saenger[5]) wollen Dienste nur dann als Einlagen gelten lassen, wenn eine Vergütung für sie vereinbart ist. Nach allgemeinen Grundsätzen muß aber genügen, daß der Stille Gesellschafter nach ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung Dienste übernimmt, die stillschweigend und üblicherweise vergütet werden. Er hat dann (nach Leistung der Dienste) eine Forderung gegen die Gesellschaft, die er einbringen kann[6]). Freilich ist in diesem Falle, wie Saenger zugibt, nicht die Dienstleistung selbst Gegenstand der Einlage, sondern der im Verfolg der Dienstleistung erworbene Anspruch auf die als Dienstlohn geschuldete Vergütung, die im Wege der Kompensation auf Einlagekonto verbuchte Geldsumme. Die Wieland-Saengersche Auffassung, daß Dienstleistungen unter den umschriebenen Bedingungen als Einlagen zulässig sind, ist daher nicht widerspruchsfrei. Sie ist auch insofern zu eng, als sie nicht die Fälle umfaßt, wo der Stille Dienste leistet, die nicht nach einem festen Satz vergütet werden und auch nicht in dieser Weise vergütet zu werden pflegen. Ist der Stille z. B. als Erfinder tätig, so führt er dem Unternehmen dadurch Vermögenswerte zu, daß er die gewerbliche Verwertung der von ihm gemachten Erfindungen dem Geschäftsinhaber überläßt; der hieraus erzielte Nutzen, der sich auf Grund des gesamten Geschäftsergebnisses, der Unkostensenkung, der Umsatzsteigerung usw. aus der Bilanz ermitteln läßt, wird seinem Einlagekonto gutgeschrieben. Handelt es sich um eine durch Patent oder Gebrauchsmuster geschützte Erfindung, deren wirtschaftliche Ausnutzung durch Lizenzvertrag einem Dritten gewährt wird, so wird der als Entgelt gezahlte Betrag auf die Einlage angerechnet werden. Ist die wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit des Stillen Gegenstand seiner Einlage, so wird der Übergang der durch diese Tätigkeit geschaffenen Werte in das Vermögen des Inhabers in ähnlicher Weise erfolgen.

Eine in Diensten bestehende Einlage des Stillen kann demnach in der Weise in das Vermögen des Geschäftsinhabers „übergehen", daß das Entgelt für die in Erfüllung der Einlageverpflichtung geleistete Tätigkeit oder der Geldbetrag der durch diese Tätigkeit geschaffenen Vermögenswerte dem Einlagekonto des Stillen gutgeschrieben wird. Die einzelnen Dienstleistungen selbst können naturgemäß nicht Bestandteile des Vermögens des Komplementars werden. Werden Gegenstände quoad usum eingebracht, so gehen rechtlich gleichfalls nicht sie selbst, sondern der aus ihrer Verwendung erzielte Nutzen in das Vermögen des Ge-

[4]) S. 775 Anm. 13.
[5]) S. 72.
[6]) Staub Anm. 15 zu § 335 S. 674.

schäftsinhabers über[7]). Die Vorschrift des § 335 HGB. darf nicht in enger Anlehnung an den Wortlaut dahin gedeutet werden, daß stets der Gegenstand der Einlage selbst in das Vermögen des Inhabers gelangen müsse[8]). Es muß vielmehr genügen, daß die durch die Einlage geschaffenen Werte ihm zugute kommen. Eine solche Auslegung, die auf den wirtschaftlichen Erfolg abstellt, wird dem Sinn des Gesetzes und dem Willen der Parteien wie den Bedürfnissen des Verkehrs gerecht.

§ 29.

Unterschiede zwischen einem mit der Leistung von Diensten beteiligten Stillen und einem commis intéressé.

Gegen die Zulässigkeit von Diensteinlagen ist vielfach geltend gemacht worden, eine derartige Beteiligung des Stillen sei stets ein Quotaldienstverhältnis, der Stille sei in diesem Falle ein commis intéressé. Diese Ansicht trifft aber nicht zu.

Der partiarische Dienstvertrag ist von der Stillen Gesellschaft grundsätzlich verschieden[1]). Die beiden Rechtsinstitute unterscheiden sich durch ihren Zweck und durch entsprechende feinere Unterschiede in der Interessenlage. Der für die Gesellschaft begrifflich notwendige gemeinsame Zweck im Sinne von § 705 BGB., das in diesem einheitlichen höheren Zwecke aufgehende gemeinsame Interesse der Parteien, der animus societatis contrahendae, fehlen beim Verhältnis des commis intéressé, der lediglich einen möglichst hohen Gewinnanteil erstrebt. Den Geschäftsherrn verbindet mit dem Angestellten nur „ein Egoismus zu zweien“[2]). Der Stille Gesellschafter ist, wenn sein Verlustanteil nicht bestimmt ist, in einer den Umständen nach angemessenen Weise am Verlust beteiligt, der commis intéressé dagegen überhaupt nicht[3]). Für den Dienstvertrag kennzeichnend ist ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis des Dienstverpflichteten von dem Unternehmer, die Gesellschafter aber sind einander gleichgeordnet. Der Geschäftsinhaber hat gegenüber einem commis intéressé das Recht der Direktive; der Komplementar

---

[7]) Wieland a. a. O. erkennt in der Tat Einlagen, die in der Einbringung von Gegenständen quoad usum bestehen, nicht an; anders die herrschende Meinung.

[8]) Vgl. Siemsen S. 20.

[1]) Vgl. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 146—155; Schmidt-Rimpler, Kommissionsgeschäft S. 7 ff., sowie die auf S. 75 Anm. 2—5 und S. 76 angeführte Literatur.

[2]) Crome a. a. O. S. 148.

[3]) ROHG. Bd. 6 S. 28.

dagegen wird im Zweifel nicht berechtigt sein, dem Dienste leistenden Stillen in bezug auf seine Tätigkeit Anweisungen zu erteilen. Dem Stillen Gesellschafter wird man, im Gegensatz zum commis intéressé, die actio pro socio zusprechen dürfen, darauf gerichtet, daß der Komplementar das Geschäft betreibe.

Freilich wird im einzelnen die Feststellung, ob ein Gesellschaftsverhältnis oder ein Dienstvertrag vorliegt, mit Schwierigkeiten verbunden sein, ebenso wie die Stille Gesellschaft, da es ihr an einem eigenen Vermögen fehlt, nicht leicht gegen ein Darlehen mit Gewinnbeteiligung abzugrenzen sein wird; auch hier treten Übergangserscheinungen auf, die man nicht immer mit Sicherheit der einen oder anderen Kategorie zurechnen kann[4]). In ihrer typischen Form aber hebt sich die Stille Gesellschaft, schon ihrem Zweck entsprechend, durch die enge Verknüpfung der Interessen der Beteiligten, von einem Dienstverhältnis mit Gewinnbeteiligung deutlich ab. Beide Rechtsinstitute dürfen daher, wenn der Stille Dienste leistet, nicht auf die gleiche Stufe gestellt werden.

2. Abschnitt.

Die Rechtsnormen, nach denen sich der Vollzug einer in Diensten bestehenden Beitragsleistung bestimmt.

§ 30.

Die entsprechende Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Dienstvertrag.

Unsere Untersuchung hat bisher zu dem Ergebnis geführt, daß bei den juristischen Personen der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Genossenschaft Diensteinlagen ausgeschlossen sind, während bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und den übrigen selbständiger Rechtspersönlichkeit entbehrenden Personenvereinigungen, auf die die §§ 705 ff. BGB. ergänzende Anwendung finden, der Kapitaleinlage ein in Diensten bestehender Beitrag gleichkommt. Es ist nunmehr darzustellen, welche Rechtsnormen für die Leistung eines solchen Beitrags gelten.

Die Gesellschaft ist ein gegenseitiger Vertrag. Dieser Vertrag ist zwar nicht auf einen unmittelbaren Austausch von Leistung und Gegenleistung gerichtet, sondern auf Schaffung einer gemeinsamen Wirt-

[4]) Vgl. OLG. Bd. 19 S. 390, Bd. 20 S. 213.

schaftsorganisation, deren Ertrag sämtlichen Gesellschaftern zugute kommen soll. Das Wesen der Gegenseitigkeit beruht aber nicht auf dem unmittelbaren Leistungsaustausch, sondern auf der gegenseitigen Abhängigkeit der mehreren Leistungsversprechen voneinander. Diese Abhängigkeit besteht auch bei der Gesellschaft. Die Leistungspflicht eines Gesellschafters soll nur entstehen, wenn alle übrigen Gesellschafter zur Leistung verpflichtet sind, ihre Erfüllung kann nicht ohne Rücksicht auf die Verpflichtung der anderen Gesellschafter gefordert werden. Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über gegenseitige Verträge (§§ 320 ff. BGB.) finden daher auch auf die Gesellschaft Anwendung[1]), es ist jedoch zu beachten, daß die Abhängigkeit nicht nur zwischen je zwei Leistungen besteht, sondern jeweils zwischen einer Leistung und den übrigen. Besteht der Beitrag eines Gesellschafters in der Leistung von Diensten, so greifen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Dienstvertrag (§§ 613 ff. BGB.) Platz. Sie sind, da die Verpflichtung auf dem Gesellschaftsvertrage beruht, nicht etwa auf einem neben diesem Vertrag bestehenden Dienstverhältnis, nicht unmittelbar, sondern entsprechend anzuwenden[2]), und zwar als Sondervorschriften gegenüber den allgemeinen Bestimmungen der §§ 320 ff. BGB. und unter Berücksichtigung der Besonderheiten, die sich aus dem Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses ergeben.

Die letztere Einschränkung ist auch maßgebend für die Beantwortung der Frage, ob das Verhältnis des Dienste beitragenden Gesellschafters zu der Gesellschaft dem Arbeitsrecht untersteht. Arbeitsrechtliche Normen können überhaupt nur insoweit Anwendung finden, als der Gesellschafter die Tätigkeit eines Arbeitnehmers (vgl. § 5 ArbGerG.) ausübt, d. h. berufsmäßig auf Grund eines Vertrages (hier: des Gesellschaftsvertrages) unselbständige Arbeit für Rechnung eines anderen (hier: der Gesellschaft) gegen Entgelt verrichtet; das Entgelt kann in einer Beteiligung am Gewinn bestehen, eine Beteiligung am Verlust ist dagegen ausgeschlossen[3]). Soweit ein Gesellschafter selbständig tätig wird (im Rahmen des von der Gesellschaft verfolgten

---

[1]) Für Anwendung der §§ 320 ff. BGB. die herrschende Meinung; vgl. RG. Bd. 76 S. 276, Bd. 78 S. 303 ff., Bd. 81 S. 303, Bd. 89 S. 239, 389, Bd. 112 S. 283; RG. in LZ. 1913 Sp. 579 Nr. 11, in Warn. 1917 Nr. 289, in JW. 1926 S. 2529 Nr. 4; Crome § 280 Anm. 2, § 281 I 10; Oertmann § 705 Anm. 4; Enneccerus S. 506; Staudinger Anm. II 2 zu § 705 S. 1213; Planck Vorbem. IV vor § 705; Goldmann-Lilienthal S. 731, 738; Hoeniger, Gemischte Verträge S. 207 ff.; Knoke S. 42; Eschelbacher S. 16; abw. Schollmeyer S. 147 Nr. 2; Endemann I § 181 Anm. 10.

[2]) Vgl. RGRKomm. Bd. II Anm. 4 zu § 706 S. 367; Staudinger Anm. IV 3 zu § 706 S. 1240 ff.

[3]) Vgl. hierzu Kaskel a. a. O. S. 30 f.

Zweckes) und sog. Dienste höherer Art leistet, fällt er nicht unter den Begriff des Arbeitnehmers, sondern nähert sich in seiner Stellung einem Unternehmer. Die Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Vorschriften scheitert aber auch da, wo der Gesellschafter die Tätigkeit eines Arbeitnehmers verrichtet, an der für das Gesellschaftsverhältnis erforderlichen grundsätzlichen Gleichstellung aller Gesellschafter, die aus ihrer Verbundenheit zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes folgt. Die Arbeit wird geleistet auf Grund des Gesellschaftsvertrages, nicht eines Arbeitsvertrages, und in Erfüllung einer gesellschaftsmäßigen Pflicht. Es fehlt an einem spezifischen Arbeitsverhältnis, bei dem der Gesellschaft die Leitung, dem arbeitenden Gesellschafter die Ausführung obliegt, und das eine gewisse Unterordnung voraussetzen würde. Arbeitsrechtliche Normen, die auf dem Abhängigkeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer fußen, können daher nicht Platz greifen.

Für die entsprechende Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über den Dienstvertrag gilt im einzelnen folgendes:

Grundsätzlich sind auch bei der Gesellschaft die Dienste in Person zu leisten (§ 613 BGB.); dies wird im Zweifel anzunehmen sein. Aus dem Gesellschaftszweck kann sich freilich das Gegenteil ergeben. So kann z. B. der Verkauf einer Sache auch durch einen anderen besorgt werden. Ist aber der Gesellschaftsvertrag gerade mit Rücksicht auf die besondere Leistungsfähigkeit des Gesellschafters als Verkäufer abgeschlossen worden, so ist die Einstellung eines Ersatzmannes unzulässig; sie berechtigt die übrigen Gesellschafter, die persönliche Tätigkeit des Mitgesellschafters zu fordern. Wird der Verpflichtung zur persönlichen Leistung der Dienste dauernd zuwidergehandelt, so kann hieraus unter Umständen ein Auflösungsgrund hergeleitet werden (§ 723 BGB.).

Daß die Gesellschaftsmitglieder eine häusliche Gemeinschaft im Sinne des § 617 BGB. bilden, wird selten sein. Bei kleinen Gewerbetreibenden wäre sie denkbar, die dann in denselben Räumen auf Kosten der Gesellschaft zusammen leben. Ein Recht des Dienste leistenden Gesellschafters auf Verpflegung und ärztliche Behandlung im Falle einer Erkrankung wird aber nicht anzunehmen sein, da die Vorschrift des § 617 BGB. ein soziales Abhängigkeitsverhältnis des Dienstverpflichteten von dem Dienstherrn voraussetzt, das bei einer Gesellschaft regelmäßig nicht gegeben sein wird. Dagegen greift § 618 BGB. Platz. Die Arbeitsräume, Vorrichtungen und Gerätschaften zur Verrichtung der Dienste muß der Gesellschafter auch für die Teilhaber in einem Zustand halten, daß der Schutz gegen Gefahren für Leben und Gesundheit gewährleistet ist. Wird durch eine in dieser Hinsicht begangene Fahrlässigkeit ein Gesellschafter verletzt, so kann er nur gegen den schuldigen Gesellschafter, nicht gegen die Gesellschaft, auf Schadens-

ersatz klagen. Das Maß der Haftung wird durch § 708 BGB. bestimmt; jeder Gesellschafter hat für diejenige Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Auch die Fürsorge für Gesundheit und die Sicherung vor Gefahr in den von der Gesellschaft benutzten Räumen ist eine eigene Angelegenheit jedes Gesellschafters[4]; insoweit ist ebenfalls der Haftungsmaßstab des § 708 BGB. anzulegen. Die auf sozialen Erwägungen beruhende Vorschrift des § 619 BGB. ist nicht anwendbar.

An die Stelle der Bestimmungen der §§ 621, 622, 623 BGB. treten die Regelung im Gesellschaftsvertrag bzw. die sie ergänzenden Vorschriften des Gesellschaftsrechts der §§ 705 ff. BGB.

Des durch § 624 BGB. vorgesehenen Schutzes gegen eine allzulange Dienstzeit bedarf der Gesellschafter nicht. Der Gesellschaftsvertrag darf auf länger als fünf Jahre auch dann geschlossen werden, wenn ein Gesellschafter nur Dienste beiträgt, und zwar auch in dem Fall, daß ein Gesellschaftsvertrag nur deshalb eingegangen wurde, um die Verpflichtung des Gesellschafters zur Leistung von Diensten auf länger als fünf Jahre zu begründen. Freilich muß es sich um einen echten Gesellschaftsvertrag handeln. Daß diese Bezeichnung gewählt wurde, ist nicht entscheidend. Ist der mit seiner Arbeit beteiligte Gesellschafter den anderen im Innenverhältnis untergeordnet, nimmt er am Verlust nicht teil, kommt seine Arbeit nicht unmittelbar dem gemeinsamen Zwecke, sondern einem anderen Gesellschafter zugute, so liegt kein Gesellschafts-, sondern ein Dienstvertrag vor.

§ 625 BGB. ist nicht anwendbar (vgl. § 724 BGB.).

Wenn der mit der Leistung von Diensten beteiligte Gesellschafter seiner Verpflichtung nicht nachkommt, so steht jedem der übrigen Gesellschafter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß §§ 320, 321, 322 BGB. zu, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß alle Gesellschafter gleichzeitig zu leisten haben.

Bei einer positiven Vertragsverletzung sind die §§ 323 ff. BGB. nicht anwendbar. Hier greift vielmehr § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB. ein. Verletzt der Gesellschafter seine Dienstleistungspflicht in grob fahrlässiger oder vorsätzlicher Weise, so haben die anderen Gesellschafter das Recht der Aufkündigung[5]. Die Verpflichtung zum Schadensersatz bestimmt sich nach § 708 BGB.

Wird die Leistung der Dienste unmöglich, so sind die §§ 323 ff. BGB. maßgebend. Bei ihrer Anwendung ist insbesondere darauf abzustellen, ob die Gesellschaft bereits tätig geworden ist.

---

[4]) Staudinger Anm. IV 3 zu § 706 S. 1240.

[5]) RG. Bd. 78 S. 303; RG. im Recht 1909 Nr. 2785, in LZ. 1909 S. 931 Nr. 13.

In den meisten Fällen wird das Unmöglichwerden der Dienste zur Aufhebung der Gesellschaft führen. Insoweit wird § 626 BGB. durch § 723 BGB. ersetzt. Ist der Gesellschafter zur Dienstleistung außerstande, so ist die Erfüllung einer ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden wesentlichen Verpflichtung unmöglich geworden und ein Kündigungsgrund gemäß § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB. gegeben. Diese Bestimmung hat den Vorzug vor den für alle gegenseitigen Verträge, so auch für die Gesellschaft, geltenden §§ 323ff. BGB. Sie entspringt daraus, daß der Gesellschaftsvertrag ein auf die Dauer bestimmtes Verhältnis hervorruft, ähnlich dem Miet- und dem Dienstvertrage[6]). Der Grund zur Auflösung ist auch dann gegeben, wenn die Arbeitsunfähigkeit durch eine Tätigkeit für die Gesellschaft oder bei dieser Gelegenheit verursacht wurde, so z. B. wenn der Gesellschafter auf einer im Gesellschaftsinteresse unternommenen Reise einen Unfall erleidet. Die Kündigung setzt voraus, daß die Dienste des arbeitsunfähig gewordenen Gesellschafters für die Erreichung des Gesellschaftszwecks wesentlich sind und durch einen Dritten nicht geleistet werden können. Meist wird sich aber die Kündigung dadurch vermeiden lassen, daß der an seiner Tätigkeit Verhinderte eine Arbeitskraft benennt, die ihn ersetzt. Die Einstellung eines Ersatzmannes ist jedoch nicht gestattet, wenn den Gesellschaftern die Arbeitsleistung eines Dritten nicht zugemutet werden kann, z. B. deswegen nicht, weil der Dritte dadurch in die internen Verhältnisse der Gesellschaft Einblick gewinnt. Ist die Verhinderung auf eine verhältnismäßig kurze Zeit beschränkt, so wird nach allgemeinen Grundsätzen eine Aufhebung des Vertrages nicht in Betracht kommen. Maßgebend für die Entscheidung der Frage, wie lange eine derartige Unterbrechung unerheblich ist, wird die Art der Gesellschaft sein. Zuweilen ist auch dieser Punkt vertraglich geregelt, etwa in der Weise, daß eine fortdauernde Verhinderung während eines Monats oder mehrerer Monate zur Aufkündigung berechtigt. Eine scheinbare Tätigkeit aber, die nur versucht wird, um den Ablauf der Frist zu hindern, ist unbeachtlich.

Ist der Gesellschafter zur Leistung der von ihm übernommenen Dienste dauernd unfähig, so kann ihn der Gesellschaftsvertrag seiner Arbeitspflicht entheben. Das geschieht gewöhnlich durch die Bestimmung, daß dauernde Arbeitsuntauglichkeit kein Kündigungsgrund sein soll. Darin liegt keine Beschränkung des Kündigungsrechts, die § 723 Abs. 3 BGB. verbietet, sondern ein zulässiger Verzicht auf einen Gesellschaftsbeitrag. Ob in einem solchen Falle der Gesellschafter auch

---

[6]) Staudinger Anm. II 2c zu § 705 S. 1125 sowie die auf S. 86 der Arbeit angegebenen Entscheidungen des Reichsgerichts.

ohne seine Arbeit an der Gesellschaft beteiligt bleiben soll, oder ob nur auf seine persönliche Dienstleistung verzichtet werden soll, so daß er auf seine Kosten für die Einstellung einer Ersatzkraft zu sorgen hat, ist Tatfrage und unter Berücksichtigung aller Umstände zu entscheiden. Von Bedeutung wird dabei sein, ob alle Gesellschaftsmitglieder zur Leistung von Dienstbeiträgen verpflichtet sind und die gleiche Abrede sich auf alle erstreckt, sowie die Regelung bei Todesfällen. Ist die Beteiligung der Hinterbliebenen des Gesellschafters vorgesehen, ohne daß sie eine Ersatzkraft zu stellen brauchen, so wird für den Fall dauernder Arbeitsunfähigkeit das gleiche gelten dürfen.

Die §§ 627, 628, 629 BGB. sind nicht entsprechend anwendbar.

Ebenso gilt die Vorschrift des § 630 BGB. nur für den Dienstvertrag. Die Gesellschafter haben nicht das Recht, sich gegenseitig Zeugnisse auszustellen. Denn es widerspräche dem Grundsatz der Gleichberechtigung aller Gesellschafter, daß eine wechselseitige Beurteilung der Leistungen erfolgt.

Für den Dienstvertrag ist die Gewährung einer Vergütung wesentlich, für den arbeitenden Gesellschafter kann ein Entgelt vereinbart sein. Handelt es sich um eine feste Vergütung, so ist sie in entsprechender Anwendung des § 614 Satz 2 BGB. nach Ablauf des Zeitabschnittes, für den sie bemessen ist, zu entrichten. Bestimmt der Vertrag nicht mehr, als daß der geschäftsführende Gesellschafter, oder wenn sämtliche Gesellschafter Dienste leisten, daß alle „Gehalt" bekommen sollen, so ist dies auch dann zu zahlen, wenn ein Gewinn nicht erzielt worden ist. Andererseits kann die Vereinbarung dahin gehen, daß diese Summen nur dem Gewinn entnommen werden dürfen, sie stellen dann eine besondere Art der Gewinnbeteiligung dar, die stets bei der Zusage einer sog. Tantième gewollt sein wird.

Eine besondere Vergütung kann aus verschiedenen Gründen gewährt werden. Einem Gesellschafter, der im Gegensatz zu den übrigen allein tätig ist, mag eine besondere Leistung dafür zugebilligt werden. Es kann auch beabsichtigt sein, den Lebensunterhalt der Gesellschafter sicherzustellen, indem ihnen ein Betrag zugesprochen wird, auf den sie bestimmt rechnen dürfen. Unter diesen Gesichtspunkten wird die Frage zu beantworten sein, ob das Versprechen des festen Entgelts nur ein Vorrecht auf den Gewinn gibt, oder ob die Vergütung auch ohne Gewinn gefordert werden darf, ebenso, ob die Tantième zu zahlen ist, wenn aus dem Vorjahre Verluste übernommen worden sind.

Endlich sei noch darauf hingewiesen, daß ein Gesellschafter mit seiner Gesellschaft einen besonderen Dienstvertrag abschließen kann. Ein solcher selbständiger Vertrag wird namentlich dann anzunehmen sein, wenn während der Dauer der Gesellschaft eine Arbeit geleistet

wird, die über das Maß der üblichen Beteiligung hinausgeht, oder wenn die Tätigkeit sich nicht im Rahmen des Gesellschaftszwecks bewegt. Der Gesellschafter erwirbt alsdann einen selbständigen Anspruch auf Vergütung, der ihm neben seinem Anspruch auf das feste Entgelt zusteht.

Die oben entwickelten Grundsätze gelten, wie bereits eingangs betont, für die bürgerliche Gesellschaft und die Handelsgesellschaften, deren Recht durch die §§ 705 ff. BGB. ergänzt wird; sie werden auch auf die Stille Gesellschaft anwendbar sein[7]). Für die Offene Handelsgesellschaft sei noch bemerkt, daß bei Nichtleistung der Dienste, bzw. bei positiver Vertragsverletzung, statt der Auflösung die Ausschließung des Gesellschafters (§ 140 HGB.) Platz greifen kann.

---

[7]) Vgl. Müler-Erzbach S. 346.

2. Teil.

Dienste als Nebenleistungen.

1. Abschnitt.

Die Fähigkeit von Diensten, Gegenstand von Nebenleistungspflichten zu sein.

§ 31.

Der Begriff der gesellschaftlichen Nebenleistung.

Während bisher untersucht worden ist, ob Dienste den Gegenstand der Einlagepflicht bilden können, die regelmäßig die Hauptverpflichtung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft ist, bleibt nunmehr darzustellen, ob Dienste als Inhalt von Nebenleistungspflichten in Betracht kommen.

Die Darstellung hat sich auf diejenigen Verbandsformen zu beschränken, bei denen die Einlageverpflichtung nur durch Kapitaleinzahlung erfüllt werden kann. Während bei einigen Unternehmungsformen ohne selbständige Rechtspersönlichkeit (Offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Stille Gesellschaft) die Beiträge in Kapitalhingabe oder Dienstleistungen bestehen können, ist bei den juristischen Personen der Aktiengesellschaft, der Kommanditgesellschaft auf Aktien, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Genossenschaft die Einlage ausschließlich in Kapital zu erbringen. Nur bei den letztgenannten Verbandsformen kann demnach begrifflich von Nebenleistungen gesprochen werden, d. h. von Leistungen, die den Gesellschaftern neben der Leistung von Kapitaleinlagen gegenüber der Gesellschaft obliegen (vgl. § 212 HGB., § 3 Abs. 2 GmbHG.), also nicht an die Stelle von Kapitaleinlagen treten dürfen.

Die Nebenleistungspflicht ist gleich der Einlagepflicht eine mitgliedschaftliche Verpflichtung[1]), die der Gesellschafter kraft seiner Zu-

[1]) Vgl. RG. Bd. 73 S. 429, Bd. 80 S. 98 f.; Feine in Ehrenbergs Handb. III 3 S. 340.

gehörigkeit zum Verbande zu erfüllen hat[2]); sie bedarf daher der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag[3]). Das Gesetz faßt die Kapitalzahlung als Hauptleistung auf, neben ihr können andere Verpflichtungen übernommen werden. Sie erscheinen rechtlich als Nebenleistungen, wirtschaftlich werden sie häufig die Hauptleistung sein. Die Bezeichnung „Nebenleistungen" wird daher der wirtschaftlichen Bedeutung nicht gerecht, sie wäre besser durch „Sonderleistungen" zu ersetzen[4]). Für die rechtliche Beurteilung ist es gleichgültig, ob man diese Sonderpflichten als Haupt- oder Nebenverpflichtungen bezeichnet[5]).

Bei der Aktiengesellschaft, der Kommanditgesellschaft auf Aktien und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung findet sich eine ausdrückliche Regelung der Nebenpflichten, bei der Genossenschaft hingegen fehlt sie.

§ 32.

Dienste als Nebenleistungen bei der Aktiengesellschaft.

Für die Aktiengesellschaft bestimmt § 212 HGB., daß den Aktionären im Gesellschaftsvertrage neben der Verpflichtung zur Einbringung der Kapitaleinlage auch die Verpflichtung zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden Leistungen auferlegt werden kann.

Die Nebenleistung darf demnach nicht in Geld bestehen und muß eine wiederkehrende sein. Andere Beschränkungen hinsichtlich des Gegenstandes der Leistung bestehen nicht; zulässig ist vielmehr alles, was Inhalt einer Leistung sein kann. Der Begriff der Leistung wird freilich weder durch § 212 HGB. noch durch das Bürgerliche Gesetzbuch erläutert, das den Begriff als feststehend annimmt und in § 241 nur bestimmt, daß die Leistung auch in einem Unterlassen bestehen

---

[2]) Durch die Zusage von Nebenleistungen wird nicht etwa eine neben der Gesellschaft bestehende bürgerlichrechtliche Gesellschaft begründet, wie Roth (in LZ. 1912 S. 266 ff., 1914 S. 1492 ff.) für die G.m.b.H. annimmt. Eine solche Konstruktion, welche die aus der Nebenleistungspflicht erwachsenden Schwierigkeiten, besonders die oft lästige Bindung, zu überwinden sucht, steht mit der tatsächlichen Gestaltung des Wirtschaftslebens im Widerspruch. Durch die Nebenleistung erhält die Kapitalgesellschaft einen genossenschaftsähnlichen Charakter (Hachenburg Anm. 24 zu § 3 S. 141 f.).

[3]) Für die Aktiengesellschaft konnten nach früherem Recht derartige Verpflichtungen nur durch selbständige Sonderverträge mit den einzelnen Aktionären begründet werden (vgl. RG. Bd. 21 S. 148, Bd. 26 S. 85).

[4]) Vorgeschlagen von Kaufmann im SächsArch. 1912 S. 411.

[5]) Vgl. RG. Bd. 73 S. 429.

kann. Ob die Leistung einen Vermögenswert haben muß, ist für das bürgerliche Recht streitig[1]; nach herrschender Meinung genügt jedes schutzwürdige Interesse[2]. Für das Aktienrecht können, wie bereits früher auch für die Einlagen bei Handelsgesellschaften im allgemeinen festgestellt wurde, nur vermögenswerte Leistungen in Frage kommen[3], denn auch die Nebenleistungsaktiengesellschaft ist trotz ihrer Eigenart, die sie zu einer Ausnahmeerscheinung des Vereins- und Genossenschaftsrechts stempelt[4], den Kapitalverbänden zuzurechnen, deren Träger nicht die Individuen, sondern die vertretbaren Kapitalien sind. Im übrigen sind Leistungen der verschiedensten Art zugelassen, so auch die Verpflichtung, Dienste zu leisten[5].

Freilich ergibt sich bei der Zulassung von Diensten eine Einschränkung. Das Gesetz fordert ausdrücklich wiederkehrende Leistungen. Demgemäß lassen manche Schriftsteller Dienste als Nebenleistungen nur zu, wenn es sich um wiederkehrende Verpflichtungen, z. B. um die Verpflichtung zu wiederkehrenden Revisionen, handelt[6]. Eine Satzungsbestimmung, die den Aktionären fortdauernde Leistungen, z. B. die Übernahme eines Gesellschaftsamtes, etwa als Vorstand, Aufsichtsrat, Inspektor, Buchhalter, auferlege, sei ungültig. Denn mit der Übernahme einer Tätigkeit, der der Aktionär seine Arbeitskraft ganz oder doch im wesentlichen zu widmen habe, werde eine weitergehende Verpflichtung begründet, als man nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch unter wiederkehrenden, d. h. in gewissen Zeitabständen sich wiederholenden Leistungen verstehe, es handle sich dabei um eine Dauerleistung.

Im Gegensatz hierzu wird die Meinung vertreten, der Begriff der wiederkehrenden Leistungen dürfe nicht zu eng gefaßt werden, insbesondere die Verpflichtung zur Übernahme eines Gesellschaftsamtes nicht ausgenommen werden, die schon nach früherem Recht statthaft

---

[1]) Vgl. Dernburg II § 84; gegen ihn Goldmann-Lilienthal S. 289.

[2]) Vgl. Enneccerus I 2 § 225 II; RG. Bd. 47 S. 241; OLG. Bd. 1 S. 393.

[3]) Vgl. RG. Bd. 48 S. 102, Bd. 49 S. 79; Ebert S. 61; Staub Anm. 4 zu § 212.

[4]) Vgl. Fischer S. 375.

[5]) And. M. Wolff, der sich auf den Entstehungsgrund des § 212 (zu Unrecht) beruft. Fischer S. 375 ff. faßt die nichtkapitalistische Leistung des § 212 HGB. nicht im Sinne des Unterschiedes von kapitalistischer und nichtkapitalistischer, d. h. persönlicher Arbeitsleistung auf, sondern als Verpflichtung zum Gebrauch gemeinschaftlicher Einrichtungen einer Nutzungsgemeinschaft mit Zwangscharakter.

[6]) So Staub Anm. 5 zu § 212; Brodmann, Aktienrecht Anm. 2a zu § 212 S. 139; Wieland S. 479 Anm. 17; Brand Anm. 2b zu § 212 S. 545; Behrend S. 784 Anm. 7; Müller-Erzbach S. 313.

gewesen sei. Es liege nicht im Begriffe der wiederkehrenden Leistungen, daß ihre Wiederkehr eine lediglich periodische sein müsse, auch ständige Leistungen seien hierunter zu rechnen [7]).

Dieser Ansicht wird man aber nicht zustimmen können.

Mit § 212 HGB. sollte (in erster Linie für die Bedürfnisse der Rübenzuckerindustrie) eine Ausnahmebestimmung geschaffen werden, die nur für wiederkehrende Leistungen gilt. Das Gesetz beschränkt sich, wie sein klarer Wortlaut ergibt, ausdrücklich auf diese. Eine Auslegung über Wort und Zweck des Gesetzes hinaus wäre unzulässig. Einmalige Leistungen dürfen daher ebensowenig wie fortdauernde Leistungen auferlegt werden, beide stehen im Gegensatz zu wiederkehrenden, d. h. in gewissen Zeitabständen fällig werdenden Verpflichtungen. Die Beschränkung gilt allgemein, auch für Nebenleistungen, die in Diensten bestehen. Die mit der Übernahme eines Gesellschaftsamtes verbundene dauernde Tätigkeit kann somit nicht den Inhalt einer Nebenverpflichtung bilden. Sonderpflichten, die auf die Leistung von Diensten gerichtet sind, werden daher bei der Aktiengesellschaft selten sein. Es ist zuzugeben, daß die Zulassung dieser Tätigkeit in dieser Rechtsform einem wirtschaftlichen Bedürfnis entspräche, dem das ausländische Recht durch die Schaffung von sog. Industrie- oder Fleißaktien so weit nachgekommen ist, daß eine fortdauernde Tätigkeit in Gesellschaftsangelegenheiten sogar den Inhalt der Hauptverpflichtung des Aktionärs bilden kann [8]); die derzeit geltende Fassung des deutschen Gesetzes, die mit Absicht nicht so allgemein gehalten ist wie die entsprechende Bestimmung in § 3 Abs. 2 GmbHG., spricht jedoch dagegen.

Soweit Dienste als Nebenleistungen zulässig sind, kann die Verpflichtung als einseitige auferlegt und im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, daß die Leistung ohne jedes Entgelt der Gesellschaft zu gewähren ist [9]). Andererseits kann im Statut eine Vergütung festgesetzt werden, die den Wert der Leistungen nicht übersteigen darf, jedoch ohne Rücksicht darauf gezahlt werden kann, ob die Bilanz einen Reingewinn ergibt (§ 216 HGB.); die Vergütung kann auch in einem bestimmten Teile des Reingewinns bestehen [10]). Hinsichtlich des Gegenwerts für die Nebenleistung enthält das Gesetz keine einschränkenden Vorschriften, sondern läßt der Regelung durch den Gesellschaftsvertrag den weitesten Spielraum. Das Statut kann auch für den Verzugsfall Vertragsstrafen vorsehen (§ 212 Abs. 2 HGB.).

---

[7]) So Makower Anm. Ic, VI 3 zu § 212 S. 545; Lehmann-Ring Anm. 3 zu § 212 S. 67 ff., vgl. aber Anm. 10 zu § 212; Lehmann, AktR. I § 13 Ziff. 4; Ebert S. 68; Dernburg I § 81 V; vgl. auch RG. Bd. 21 S. 155.

[8]) Vgl. S. 48 Anm. 10 der Arbeit.

[9]) Vgl. RG. Bd. 21 S. 155, Bd. 26 S. 88; Staub Anm. 7 zu § 212 S. 150.

[10]) Vgl. RG. Bd. 104 S. 349.

§ 33.

Dienste als Nebenleistungen bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien.

Die Nebenleistungspflichten bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien sind in den §§ 320 ff. HGB. nicht durch Sondervorschriften geregelt. Gemäß § 320 Abs. 3 HGB. sind daher die §§ 212, 216 HGB. entsprechend anzuwenden. Für die Kommanditisten können ebenso wie für die persönlich haftenden Gesellschafter, sofern sie sich mit Einlagen auf das Aktienkapital beteiligen, wiederkehrende, nicht in Geld bestehende Leistungen festgesetzt werden. Auch Dienste können gefordert werden, freilich mit der gleichen Einschränkung, daß es sich um wiederkehrende Verpflichtungen, nicht um Dauerleistungen, handelt. Im einzelnen darf auf den vorhergehenden Paragraphen verwiesen werden.

§ 34.

Dienste als Nebenleistungen bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Im Gegensatz zum Aktienrecht, das nur wiederkehrende Naturalnebenleistungen gestattet, spricht das Gesetz für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ohne jede Einschränkung von „anderen Verpflichtungen", die den Gesellschaftern gegenüber der Gesellschaft auferlegt werden können. Daher kann jede Verpflichtung, die Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein kann, den Inhalt der Nebenpflicht (Sonderpflicht) bilden, die sich sowohl auf ein Tun als auf ein Unterlassen und ein Dulden richten kann. Es gibt keinen Leistungsinhalt, der grundsätzlich nicht als gesellschaftliche Verpflichtung geeignet erscheint. Gerade dadurch, daß das Gesetz der Verpflichtungsmöglichkeit keine Schranken setzt, ist die Gesellschaft mit beschränkter Haftung für eine Reihe wirtschaftlicher Erscheinungen brauchbar geworden. Die Zulassung von gegenständlich unbeschränkten Nebenleistungspflichten hat die Schaffung einer individualistisch gestalteten Abart der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ermöglicht.

In der Rechtswirklichkeit finden sich alle Arten von Leistungen. Neben Sachleistungen sind auch Dienstleistungen denkbar. Der Gesellschafter kann zur Geschäftsführung für die Gesellschaft verpflichtet werden. Er kann die Stellung eines technischen Leiters innehaben oder Erfindungen für die Gesellschaft machen. Er kann die Gesellschaft beraten. Auch hier ist nach den Umständen des Einzelfalls zu prüfen, ob eine gesellschaftliche Verpflichtung oder ein Anstellungsverhältnis

vorliegt[1]). Die Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag allein genügt nicht. Für die Auslegung wird maßgebend sein, ob dem Gesellschafter auch ein Recht auf die Leistung seiner Dienste eingeräumt ist, diesem entspricht dann die gesellschaftsrechtliche Pflicht.

Die durch Dienstleistungen zu erfüllenden Nebenpflichten können wie alle übrigen als einseitige übernommen werden, so daß nur der Gesellschafter verpflichtet ist. Sie können aber auch durch eine Gegenleistung der Gesellschaft vergütet werden, die oft in einem Gewinnanteile besteht. Ob eine Gegenleistung verlangt werden darf, wird aus den Umständen des Falles auch ohne Abrede ersichtlich sein. So kann man z. B. den Geschäftsführern im Zweifel nicht zumuten, unentgeltlich zu arbeiten.

Für den Fall, daß die Sonderpflicht nicht oder nicht gehörig erfüllt wird, können ebenso wie im Aktienrecht Vertragsstrafen festgesetzt werden, wenngleich eine dem § 212 Abs. 2 HGB. entsprechende Bestimmung für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung fehlt[2]).

Eine in Dienstleistungen bestehende Sonderpflicht wird in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung zuweilen die Kapitaleinlagepflicht überwiegen. Die Stammeinlage des arbeitenden Gesellschafters kann auf den gesetzlich zulässigen Mindestbetrag beschränkt sein, das Statut kann den Gesellschafter hinsichtlich des Stimmrechts und der Beteiligung am Gewinn, die beide mit nachgiebigen Rechtssätzen geregelt sind, den größere und ausschließlich Kapitalzahlungen leistenden Gesellschaftern gleichstellen. Ebenso kann in bezug auf die Abfindung bei der Liquidation der Gesellschaft eine vom Gesetz abweichende Sonderregelung getroffen werden (vgl. § 72 GmbHG.). Unter diesen Voraussetzungen vermag eine in Diensten bestehende Nebenpflicht die nach dem Sinn des Gesetzes unzulässige Diensteinlage auf das Stammkapital im wirtschaftlichen Ergebnis zu ersetzen.

§ 35.

Dienste als Nebenleistung bei der Genossenschaft.

Das Genossenschaftsgesetz enthält im Gegensatz zu § 212 HGB. und § 3 Abs. 2 GmbHG. keine ausdrücklichen Bestimmungen über „andere Verpflichtungen" der Genossen außer der Geldeinlagepflicht. Das schließt aber nicht aus, daß solche Verpflichtungen dem Genossenschaftsrecht unbekannt sind; die Natur der Sache bringt es vielmehr mit sich, daß die Beziehungen der Genossen insbesondere zu dem ge-

[1]) Hachenburg Anm. 26a zu § 3 S. 146.
[2]) Hachenburg Anm. 32 zu § 3 S. 149.

meinschaftlichen Geschäftsbetrieb (§ 1 GenG.) zahlreiche Pflichten dieser Art und ihnen entsprechende Rechte erzeugen. Die in § 1 GenG. aufgeführten „gemeinschaftlichen" oder „auf gemeinschaftliche Rechnung" erfolgenden Tätigkeiten — Verkauf (Ziff. 3, 4), Einkauf (Ziff. 5), Herstellung (Ziff. 4, 7), Beschaffung und Benutzung (Ziff. 6) — stellen sich zwar rechtlich als Handlungen der juristischen Person dar, sie haben aber auch rechtliche Beziehungen der Genossenschaft zu den einzelnen Genossen zur Voraussetzung: so bedingt der gemeinschaftliche Verkauf die Lieferung der abzusetzenden Erzeugnisse, der gemeinschaftliche Einkauf die Abnahme der eingekauften Gegenstände oder ihre Benutzung. Ebenso setzt § 8 GenG. solche Beziehungen voraus.

Diese Beziehungen sind entweder rein vertragsrechtlich geregelt, so daß zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern schuldrechtliche Verträge bestehen, oder sie sind körperschaftsrechtlich gestaltet. Im Einzelfall wird der Zweck und der Gegenstand des Unternehmens entscheiden, insbesondere das Interesse an einem Benutzungszwange. Die Entscheidung, ob die eine oder andere Art der Regelung vorliegt, wird vielfach dadurch erschwert, daß die vertragliche Regelung von den mitgliedschaftlichen Beziehungen abhängig gemacht ist, derart etwa, daß sie nur für die Dauer der Mitgliedschaft gelten soll, oder daß der Umfang der Benutzung des gemeinschaftlichen Unternehmens sich nach dem Maß der geldlichen Beteiligung bestimmt. In einem solchen Falle ist ein körperschaftliches Rechtsverhältnis in eigenartiger Weise mit einem vertraglichen verkoppelt. Bedingung des Vertrages ist die Mitgliedschaft, deren Wegfall auch auf den Fortbestand des Vertrages nicht ohne Einfluß bleibt[1]).

Die Beziehungen können aber auch dem Genossenschaftsrecht unterstellt, durch die Satzung und ihre Anlagen geregelt werden. Eine solche Regelung betrifft das Rechtsverhältnis der Genossenschaft und der Genossen, Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes stehen ihr nicht entgegen, insbesondere schließt § 18 GenG. nicht etwa alle Leistungen aus, die das Gesetz nicht besonders benennt, sondern nur die ausdrücklich verbotenen. In dieser Hinsicht entspricht § 18 GenG. dem § 212 HGB. und § 3 Abs. 2 GmbHG.[2]).

Die Frage nach der Rechtsnatur dieser Beziehungen und der sich aus ihnen ergebenden „Betriebsrechte und -pflichten"[3]) bedarf noch der Klärung[4]).

---

[1]) Über die Gestaltung dieser Verkoppelung im einzelnen vgl. Kisch a. a. O. S. 43 ff.

[2]) Vgl. Flechtheim, Kartellrecht S. 97.

[3]) So Rieß in Ehrenbergs Handb. S. 162.

[4]) Vgl. z. B. Deumer S. 180, der ganz allgemein schuldrechtliche Ver-

Das Reichsgericht hat, vor allem bei Vereinigungen mit Teilnahmezwang, in der Verpflichtung zur Ablieferung von Erzeugnissen aus den Betrieben der einzelnen Genossen an die genossenschaftliche Verkaufsorganisation nach dem Vorbild der Rübenlieferungsaktiengesellschaften stets eine genossenschaftliche Pflicht erblickt[5]). In RG. Bd. 75 S. 159 wird die Bezugspflicht für bestimmte Waren als genossenschaftliche Verpflichtung aufgefaßt, nach Entscheiden des Reichsarbeitsministers und des bayrischen Ministers für soziale Fürsorge sind im Betriebe mitarbeitende Genossen nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsrätegesetzes und anderer arbeitsrechtlicher Gesetze anzusehen, auch wenn sie besonderen „Arbeitslohn" erhalten[6]). Sind derartige Betriebspflichten vereinbart, so bilden sie eine Einheit mit den sonst in der Satzung enthaltenen Abreden. Daß sie gleichzeitig mit der finanziellen Beteiligung übernommen sind und mit ihr wirtschaftlich eng zusammenhängen, ist nicht entscheidend. Nach der Formulierung des Reichsgerichts ist vielmehr maßgebend, ob die Verpflichtung dem Beteiligten in seiner Eigenschaft als Genosse, nicht nur als Inhaber eines bestimmten Betriebes, auferlegt worden ist[7]). Bezeichnend ist übrigens, daß das Reichsgericht die sog. Nebenleistungen bei der Aktiengesellschaft „Produktivleistungen genossenschaftlicher Natur" nennt[8]). Die besonderen körperschaftsrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen Körperschaft und Genossen, bei denen sich Pflichten zu Leistungen und Rechte auf sie gegenüberstehen, sind daher als eigenstes Gebiet der eingetragenen Genossenschaft anzusehen.

Die vom Reichsgericht vertretene Auffassung der Betriebsrechte und -pflichten als körperschaftsrechtlicher Rechte und Pflichten, der im allgemeinen auch die Wissenschaft folgt, ist als richtig anzunehmen. Denn diese Sonderbeziehungen, die das Gesetz durch die Zulassung von Produktivgenossenschaften stillschweigend voraussetzt, liegen im Rahmen des mit der Schaffung der Rechtsform der Genossenschaft im allgemeinen erstrebten Zweckes; sie tragen auch zur Verwirklichung des von der einzelnen Genossenschaft verfolgten Zweckes bei und sind hierfür vielfach unerläßlich. Da sie auf der Zugehörigkeit zum Verbande beruhen, entsprechen sie durchaus den Nebenleistungspflichten

---

träge anzunehmen scheint, im Gegensatz zu S. 177. Unklar auch Leist, Vereinsr. S. 41; Gierke, Genossenschaftstheorie unterscheidet zwischen den einzelnen Genossenschaftsarten; ebenso Waldecker S. 160 ff. Vgl. noch Rieß bei Gruchot Bd. 61 S. 91 ff.; Fischer, Handb. d. HR. S. 46 f., 374 f.

[5]) Vgl. RG. Bd. 21 S. 148 ff., Bd. 47 S. 149, Bd. 72 S. 8; OLG. Köln in LZ. 1919 S. 547.

[6]) Vgl. Reichsarbeitsblatt 1921 S. 595, 899.

[7]) RG. Bd. 84 S. 328.

[8]) RG. Bd. 28 S. 88.

bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und sind ihnen daher in der rechtlichen Behandlung gleichzustellen. Wie diese sind sie in die Satzung und in die als ihre Bestandteile anzusehenden Nebenordnungen aufzunehmen, andernfalls sind sie ungültig.

Hinsichtlich des Inhalts der Betriebsrechte und -pflichten ergeben sich Schranken nur aus den gesetzlichen Zwecken der Genossenschaft im allgemeinen und dem satzungsmäßigen Zwecke im besonderen; im übrigen können die Sonderbeziehungen so mannigfach gestaltet sein wie vertragliche Schuldverhältnisse[9]). Dienstleistungspflichten können daher ebenso wie Umsatz- und Benutzungspflichten vereinbart werden, nicht nur Lieferungen an die Genossenschaft, sondern auch andere Verpflichtungen, z. B. alljährlich eine gewisse Fläche mit Kartoffeln zu bebauen (so bei den Brennereigenossenschaften).

Eine auf die Leistung von Diensten gerichtete Betriebspflicht kann wie alle übrigen einseitig übernommen werden; sie kann auch von einer Gegenleistung abhängen. Da § 19 Abs. 2 GenG. die Gewinnverteilung ergänzend regelt, kann der Gegenwert auch in einem Gewinnanteil bestehen.

Vertragsstrafen zur Sicherung der Abreden sind ebenso wie bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung zulässig[10]).

Die Geldeinlagepflicht des Genossen wird häufig gegenüber einer in Dienstleistungen bestehenden Sonderpflicht zurücktreten, zumal der Geschäftsanteil, da eine gesetzliche Mindestgrenze nicht besteht, äußerst niedrig bemessen sein kann. Gerade bei den Produktivgenossenschaften wird die Dienst„neben"pflicht vielfach zur Hauptmitgliedspflicht werden. In diesem Falle wird für den Anteil des Genossen am Reingewinn nicht die Höhe seines Geschäftsguthabens, sondern seine Arbeitsbeteiligung maßgebend sein; sie kann auch auf die Größe seines Anteils am Liquidationsvermögen der Genossenschaft Einfluß haben. Gesetzliche Vorschriften stehen einer solchen Regelung nicht entgegen (vgl. §§ 19 Abs. 2, 91 Abs. 3 GenG.). Eine Erhöhung der Stimmenzahl auf Grund von Nebenleistungen darf freilich nicht eintreten[11]); § 43 Abs. 2 GenG., wonach jeder Genosse nur eine Stimme hat, ist zwingend. Wirtschaftlich kann demnach auch bei der Genossenschaft eine Dienstsonderleistung einer Diensteinlage angenähert werden.

---

[9]) Müller-Erzbach S. 375; Rieß bei Ehrenberg S. 167.
[10]) Vgl. RG. Bd. 38 S. 15, Bd. 47 S. 146 ff., Bd. 75 S. 158, Bd. 90 S. 408.
[11]) KGJ. Bd. 10 S. 41; Müller-Erzbach S. 369.

2. Abschnitt.

Die Rechtsnormen, die für den Vollzug einer in Diensten bestehenden Nebenleistung gelten.

§ 36.

Die entsprechende Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Verträge im allgemeinen und den Dienstvertrag im besonderen.

Mit der Übernahme der Sonderverpflichtungen entsteht zwischen dem Verband und dem einzelnen Mitglied ein Schuldverhältnis. Für dieses gelten, vorbehaltlich des Einflusses des jeweils in Frage kommenden Verbandes, die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs[1]); sie sind, da die Verpflichtung auf körperschaftsrechtlicher Grundlage, nicht auf einem Einzelvertrage, beruht, nicht unmittelbar, sondern entsprechend anzuwenden[2]). Richtet sich die Nebenpflicht auf die Leistung von Diensten, so sind die Bestimmungen über den Dienstvertrag vor den allgemein für Verträge geltenden Vorschriften heranzuziehen.

Bei den Sonderverbindlichkeiten wird, im Gegensatz zu der Kapitaleinlagepflicht, die Auslegung und Ergänzung des Vertrages von Bedeutung sein. Denn hier treten die Interessen der Gläubiger zurück; es handelt sich um interne Gesellschaftsverhältnisse, deren Regelung im Belieben der Gesellschafter steht. Ihr Wille ist daher, auch wo er nicht unmittelbar Ausdruck gefunden hat, aus den Umständen des Falles zu ermitteln. Hier ist vor allem für die Verkehrssitte Raum (vgl. § 157 BGB.).

Die Erfüllung aller Sonderpflichten, also auch der Arbeitspflichten, hat so zu erfolgen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 242 BGB.). Der Gesellschafter (Genosse) hat hierbei Vorsatz und Fahrlässigkeit seiner selbst und seiner Gehilfen zu vertreten (§§ 276, 278 BGB.). Er haftet nicht nur für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten gemäß § 708 BGB., diese Sondervorschrift gilt nur für die Mitglieder einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft. Ist der Gesellschafter (Genosse) Kaufmann, so hat er die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu beobachten, sofern die Beteiligung im Betriebe seines Handelsgewerbes erfolgt (§ 347 HGB.). Auf die für den Verzugsfall vorgesehenen Vertragsstrafen finden die §§ 339—345 BGB. Anwendung. Nach § 343 BGB. kann die richterliche Herab-

[1]) And. M. für die G.m.b.H. Liebmann Anm. 8 zu § 3.
[2]) Dagegen Leist, Inn. Vereinsr. S. 43 ff.

setzung einer zu hohen Konventionalstrafe verlangt werden, abgesehen von den Fällen, wo sich die Beteiligung als das Handelsgeschäft eines Vollkaufmanns darstellt (§ 348 HGB.).

Für den Vollzug einer in Dienstleistungen bestehenden Sonderpflicht gilt im einzelnen das gleiche, was früher[3]) für Diensteinlagen ausgeführt wurde. Auch hier sind die Dienste im Zweifel in Person zu leisten (§ 613 BGB.), Abweichungen können sich aus dem Zweck des Verbandes ergeben. Die in § 624 BGB. vorgesehene Dauerbeschränkung ist auf das Sonderverhältnis nicht anwendbar[4]). Ebensowenig wird man ein Konkursprivileg des Dienste leistenden Gesellschafters annehmen können[5]). Gerät der Gesellschafter (Genosse) in Konkurs, so kann § 17 KO. nicht Platz greifen, die Ansprüche auf Dienstleistungen bestehen weiter, da es sich nicht um ein Dienstverhältnis handelt[6]). Das Sonderverhältnis endet grundsätzlich erst mit der Mitgliedschaft. Der Tod eines Gesellschafters beendet die Verpflichtung zu den Dienstsonderleistungen nur dann, wenn sie durch einen Dritten nicht erbracht werden können, wie z. B. die Tätigkeiten eines Geschäftsführers, Betriebsleiters. Sind die Dienste vertretbar, so haben die Erben, solange sie die Mitgliedschaft fortsetzen, auch die Sonderverpflichtungen zu erfüllen. Durch den Wegfall der Sonderverpflichtung allein entfällt noch nicht der Anspruch auf Reingewinn. Wenn Arbeit übernommen ist, z. B. als Geschäftsführer, als Erfinder, so wird durch den Tod des Verpflichteten der ihm zustehende Gewinnanteil nicht berührt. Auch das Stimmrecht bleibt beim Aufhören der Sonderpflicht erhalten. Das Statut muß diesen Fall besonders regeln.

Welche Folgen die Nichterfüllung der besonderen Leistungen nach sich zieht, hängt davon ab, ob es sich um eine einseitige oder um eine gegenseitige Verpflichtung handelt. Im ersten Fall gelten nur die §§ 284 ff. BGB. über den Verzug. Für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird nach den Gesamtumständen zu beurteilen sein, ob die anderen Gesellschafter aus der Nichterfüllung einen wichtigen Grund für die Auflösung der Gesellschaft gemäß § 61 GmbHG. herleiten können. Die Unterlassung der Erfindertätigkeit z. B. kann diese Bedeutung haben, wenn sie die Verhältnisse der Gesellschaft beeinflußt, die anderen Gesellschafter können aber die Aufhebung des Gesellschaftsverhältnisses nicht auf das säumige Mitglied beschränken. Für die Aktiengesellschaft und für die Genossenschaft ist eine Auflösungsklage gesetzlich nicht vorgesehen. Der säumige Genosse kann gemäß § 68

[3]) Vgl. S. 85 ff. der Arbeit.
[4]) Hachenburg Anm. 26a zu § 3 S. 146; Rieß bei Ehrenberg S. 169.
[5]) Rieß a. a. O.
[6]) Hachenburg Anm. 39 zu § 3 S. 155; Rieß a. a. O. S. 170.

GenG. ausgeschlossen werden, die Nichterfüllung wird regelmäßig nach dem Statut ein Ausschließungsgrund sein (vgl. § 68 Abs. 2 GenG.). Für die Aktiengesellschaft wird in entsprechender Anwendung der §§ 219 ff. HGB. über die Kaduzierung bei Nichtzahlung der Aktionäreinlage die Möglichkeit einer Zwangsamortisation anzunehmen sein. Ebenso muß auch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung befugt sein, unter Wahrung der §§ 34, 58 GmbHG. den Geschäftsanteil des vertragsbrüchigen Gesellschafters einzuziehen. Die Satzung kann ausdrücklich die Amortisation von Geschäftsanteilen vorsehen (§ 34 GmbHG.). Diese Möglichkeit muß auch dann angenommen werden, wenn die Satzung sie nicht ausdrücklich angeordnet hat und ein Gesellschafter seinen Nebenpflichten so gröblich zuwiderhandelt, daß ein Zusammenbleiben mit ihm nicht zuzumuten ist, die Gesellschaft aber nicht aufgelöst werden soll[7]). Besteht die Gesellschaft nur aus wenigen Gesellschaftern, die sich gleich den Mitgliedern einer Offenen Handelsgesellschaft zur Arbeit für das Unternehmen (z. B. zu Erfindertätigkeit) verpflichtet haben, so kann man den sich an den Vertrag haltenden Gesellschaftern nicht zumuten, den säumigen entweder an dem Nutzen der Gesellschaft teilnehmen zu lassen oder die Auflösungsklage zu erheben.

Ist die Verpflichtung des Gesellschafters (Genossen) von einer Gegenleistung abhängig, so sind auf diese die §§ 320 ff. BGB. nur mit den Einschränkungen anzuwenden, die sich aus der Besonderheit der Verbandsform ergeben. Hierbei sind die Wirkungen des Verzugs auf die jeweils fällige Einzelleistung von denen auf das Gesamtrechtsverhältnis zu trennen. Der Gesellschafter (Genosse) kann seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, sofern er nicht vorzuleisten verpflichtet ist. Ist er im Verzuge, so kann ihm eine Nachfrist gesetzt und nach deren Ablauf Schadensersatz verlangt werden.

Schwierigkeiten ergeben sich, wenn es sich um die Wirkung des Verzugs auf das ganze Rechtsverhältnis handelt, besonders in den Fällen, wo die Gesellschaft (Genossenschaft) durch den Verzug eines Teiles der Leistung das Interesse an der gesamten Leistung verloren hat. Hier muß für jeden Teil jede Verzugsfolge möglich sein, aber stets unter Beschränkung auf die Sonderpflicht des Mitglieds. Jeder Teil kann hier von dem anderen statt der Erfüllung Schadensersatz verlangen oder hinsichtlich der besonderen Abrede vom Vertrag zurücktreten. Für den Fall, daß die Nebenleistung des Gesellschafters einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer be-

---

[7]) Eine erschöpfende Behandlung dieser Frage liegt außerhalb des Rahmens der Arbeit; auf die bei F e i n e a. a. O. S. 350 Anm. 2 zitierte Literatur darf verwiesen werden.

steht, ist die Bestellung kraft ausdrücklicher Vorschrift des § 38 GmbHG. aus wichtigen Gründen stets widerruflich. Bei Nichtleistung der Dienste kann also die Gesellschaft das Verhältnis zum Geschäftsführer aufheben. Das gleiche gilt, wenn der Gesellschafter sich zur Weiterausarbeitung von Erfindungen verpflichtete. Die Sonderpflicht kann auch durch einseitige Erklärung des Rücktritts aufgehoben werden, sobald die gesetzliche Grundlage hierfür gegeben ist.

Bei positiver Vertragsverletzung, fortwährenden schweren Verstößen gegen die statutenmäßige Sonderpflicht, treten die gleichen Folgen wie bei der Nichterfüllung ein.

Wird die Erfüllung der besonderen Verpflichtung unmöglich, so sind wieder die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs maßgebend. Von einem einseitigen Versprechen wird der Gesellschafter (Genosse) durch Zufall frei. Soweit ihm Verschulden zur Last fällt, haftet er. Hängt die Verpflichtung zur Leistung von einer Gegenleistung ab, so gelten die §§ 323 ff. BGB. Wird die Erfüllung durch Verschulden des einen Teils unmöglich, so kann der andere statt der Erfüllung Schadensersatz verlangen oder von dem Sonderverhältnis zurücktreten.

Eine Aufkündigung des besonderen Verpflichtungsverhältnisses aus wichtigem Grunde ohne gleichzeitige Aufhebung der Mitgliedschaft ist unzulässig[8]). Denn es widerspräche dem Wesen der körperschaftsrechtlichen Sonderleistung, wenn der Gesellschafter (Genosse), sofern die Bindung für unbestimmte Zeit gilt, sie jederzeit aufsagen könnte.

§ 37.

Schlußwort.

Unsere Untersuchung hat gezeigt, daß letzten Endes bei allen Gesellschaften bestimmte Eigenschaften der Dienstverpflichtung für das Problem der Diensteinlagen kennzeichnend sind: ihr Charakter als Dauerverpflichtung und die sich hieraus ergebenden Schwierigkeiten bei der Bewertung, ihre individuelle Gebundenheit und Abhängigkeit von der Person des Trägers, vor allem ihre Nichterzwingbarkeit. Das letztere Moment ist ausschlaggebend. Dort, wo sich die Verbindlichkeit des Gesellschafters darin erschöpft, einen Beitrag zu dem Vermögen der Gesellschaft zu leisten, ohne, darüber hinausgehend, für ihre Verbindlichkeiten einzustehen, dort, wo dem Zugriff der Gesellschafts-

---

[8]) Vgl. RG. Bd. 73 S. 429; für die G.m.b.H. Hachenburg Anm. 36 zu § 3 S. 154; Feine bei Ehrenberg III 3 S. 339 ff., bes. S. 341. Abw. Müller-Erzbach in DJZ. 1904 S. 1161 für die Aktiengesellschaft; Rieß bei Ehrenberg S. 170 für die Genossenschaft.

gläubiger lediglich das Gesellschaftsvermögen als alleiniges Haftungsobjekt ausgesetzt ist, müssen Diensteinlagen — eben wegen der ihnen mangelnden Erzwingbarkeit — ausscheiden. Dagegen kann ein Gesellschafter überall da seine Dienste zum Gegenstand seiner Einlage machen, wo er unbeschränkt haftet: als Einlagen der Mitglieder einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft, einer Offenen Handelsgesellschaft, der Komplementare einer Kommanditgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (sofern die Einlage nicht auf das Grundkapital erfolgt) sind Dienste zulässig. Sie sind auch dort einlagefähig, wo die Einlage nur für das Innenverhältnis der Gesellschafter Bedeutung hat, sei es, daß sich die Haftung auf einen bestimmten Betrag beschränkt (wie beim Kommanditisten), sei es, daß eine Haftung überhaupt nicht eintritt (wie beim Stillen Gesellschafter). Wo dagegen eine Haftung nur des Grundkapitals, des Stammkapitals, oder — ungenau gesprochen — eine „beschränkte Haftung der Gesellschafter" nur mit der Aktie, mit dem Geschäftsanteil besteht, wie bei der Aktiengesellschaft, dem Kommanditisten der Aktienkommanditgesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, sind Diensteinlagen ausgeschlossen, ebenso bei der Genossenschaft. In diesen Fällen aber sind Dienste als mitgliedschaftliche Leistungen insofern zulässig, als sie den Inhalt einer Neben(Sonder-)verpflichtung bilden können, die sich wirtschaftlich vielfach einer Diensteinlage nähert. Für Dienste als gesellschaftliche „Beiträge" im umfassendsten Sinne bleibt demnach ein weiter Raum.

Lebenslauf.

Ich wurde am 11. Januar 1905 in Kattowitz (Oberschlesien) als Sohn des dort wohnhaft gewesenen Bankprokuristen Leopold Thomik und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Kapitza geboren. Im Januar 1923 verließ ich die Städtische Oberrealschule zu Kattowitz mit dem Zeugnis der Reife. Darauf war ich zwei Jahre in einer Großbankfiliale beschäftigt und studierte von 1925 bis 1929 in Marburg und Breslau. Am 4. Oktober 1929 bestand ich die erste juristische Prüfung und bin seit dem 18. November 1929 als Referendar im Staatsdienst tätig.

Rudolf Thomik.